

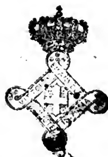
System

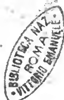
des

heutigen Römischen Rechts

von

Friedrich Carl von Savigny.





Erster Band.

Mit K. Bairischen und K. Würtembergischen Privilegien.

Berlin.
Bei Veit und Comp.
1840.

Vorläufige Übersicht des ganzen Werks.

Inhalt des ersten Bandes.

Erstes Buch. Quellen des heutigen Römischen Rechts.

Erstes Kapitel. Aufgabe dieses Werks.

Seite.

Zweytes Kapitel. Allgemeine Natur der Rechtsquellen.

Drittes Kapitel. Quellen des heutigen Römischen Rechts.

Seite.

Viertes Kapitel. Auslegung der Gesetze.

Seite.

Zweytes Buch. Die Rechtsverhältnisse.

Erstes Kapitel. Wesen und Arten der Rechtsverhältnisse.

Vorrede.

Wenn ein wissenschaftliches Gebiet, so wie das unsrige, durch die ununterbrochene Anstrengung vieler Zeitalter angebaut worden ist, so wird uns, die wir der Gegenwart angehören, der Genuß einer reichen Erbschaft dargeboten. Es ist nicht blos die Masse der gewonnenen Wahrheit, die uns zufällt; auch jede versuchte Richtung der geistigen Kräfte, alle Bestrebungen der Vorzeit, mögen sie fruchtbar oder verfehlt seyn, kommen uns zu gut als Muster oder Warnung, und so steht es in gewissem Sinn bey uns, mit der vereinigten Kraft vergangener Jahrhunderte zu arbeiten. Wollten wir nun diesen natürlichen Vortheil unsrer Lage aus Trägheit oder Eigendünkel versäumen, wollten wir es auch nur, in oberflächlichem Verfahren, dem Zufall überlassen, wie Viel aus jener reichen Erbschaft bildend

auf uns einwirken soll, dann würden wir die unschätzbarsten Güter entbehren, die von dem Wesen wahrer Wissenschaft unzertrennlich sind: die Gemeinschaftlichkeit wissenschaftlicher Überzeugungen, und daneben den steten, lebendigen Fortschritt, ohne welchen jene Gemeinschaft in einen todten Buchstaben übergehen könnte. Damit dieses nicht geschehe, müssen wir wünschen, daß von Zeit zu Zeit das, was im Einzelnen gesucht und gewonnen worden ist, in vereinigendem Bewußtseyn zusammen gefaßt werde. Denn schon die gleichzeitig lebenden Träger der Wissenschaft gehen oft in scharfen Gegensätzen aus einander; noch stärker aber treten diese Gegensätze hervor, wenn wir ganze Zeitalter vergleichend betrachten. Hier gilt es nun nicht, das Eine zu wählen, das Andere zu verwerfen; vielmehr geht die Aufgabe dahin, die wahrgenommenen Gegensätze in höherer Einheit aufzulösen, welches der einzige Weg zu sicherem Fortschritt in der Wissenschaft ist. Die angemessene Stimmung für eine solche zusammen fassende Arbeit ist die der Ehrerbietung gegen das Große, welches uns in den Leistungen unsrer Vorgänger erscheint. Damit aber diese Ehrerbietung nicht in beschränkende Einseitigkeit ausarte, und so die Freyheit des Denkens gefährde, ist es nöthig, den Blick unverwandt auf das

letzte Ziel der Wissenschaft zu richten, in Vergleichung mit welchem auch das Größte, das der Einzelne zu leisten vermag, als unvollkommen erscheinen muß.

Wenn uns aber die durch viele Geschlechter fortgesetzte Ausbildung unsrer Wissenschaft einen reichen Gewinn darbietet, so entspringen uns ebendaher auch eigenthümliche große Gefahren. In der Masse von Begriffen, Regeln und Kunstausdrücken, die wir von unsren Vorgängern empfangen, wird unfehlbar der gewonnenen Wahrheit ein starker Zusatz von Irrthum beygemischt seyn, der mit der traditionellen Macht eines alten Besitzstandes auf uns einwirkt und leicht die Herrschaft über uns gewinnen kann. Um dieser Gefahr zu begegnen, müssen wir wünschen, daß von Zeit zu Zeit die ganze Masse des Überlieferten neu geprüft, in Zweifel gezogen, um seine Herkunft befragt werde. Dieses geschieht, indem wir uns künstlich in die Lage versetzen, als hätten wir das überlieferte Material einem Unkundigen, Zweifelnden, Widerstrebenden mitzutheilen. Die angemessene Stimmung für eine solche prüfende Arbeit ist die der geistigen Freyheit, der Unabhängigkeit von aller Autorität; damit aber dieses Freyheitsgefühl nicht in Übermuth ausarte, muß das heilsame Gefühl der Demuth hinzutreten, die natürliche

Frucht unbefangener Erwägung der Beschränktheit unserer persönlichen Kräfte, welche allein jene Freiheit des Blicks zu eigenen Leistungen befruchten können.

So werden wir, von ganz entgegengesetzten Standpunkten aus, auf ein und dasselbe Bedürfniß in unsrer Wissenschaft hingewiesen. Es läßt sich bezeichnen als eine periodisch wiederkehrende Betrachtung der von unsren Vorgängern geleisteten Arbeit, um aus dieser das Unächte auszuscheiden, das Wahre aber als bleibenden Besitz uns anzueignen, der uns in den Stand setze, nach dem Maas unsrer Kräfte in der Lösung der gemeinsamen Aufgabe dem Ziele näher zu kommen. Eine solche Betrachtung anzustellen für den Zeitpunkt, worin wir uns gegenwärtig befinden, ist die Bestimmung des vorliegenden Werkes.

Es darf jedoch gleich im Eingang nicht verschwiegen werden, wie sehr die unbefangene Aufnahme dieses Werks durch das, was sich in neuester Zeit in unsrer Wissenschaft zugetragen hat, gefährdet werden kann. Manche werden durch den Namen des Verfassers bewogen werden, die eben ausgesprochene allgemeine Bestimmung dieser Arbeit in Zweifel zu ziehen; sie werden glauben, es sey hier weniger auf den freyen Dienst der Wissenschaft abgesehen, als auf die einseitige Vertre-

tung der historischen Schule: das Werk trage also den Character einer Parteyschrift an sich, vor welcher sich Jeder, der nicht jener Schule angehöre, zu hüten habe.

Alles Gelingen in unsrer Wissenschaft beruht auf dem Zusammenwirken verschiedener Geistesthätigkeiten. Um Eine derselben, und die aus ihr vorzugsweise entspringende wissenschaftliche Richtung, in ihrer Eigenthümlichkeit zu bezeichnen, war früher von mir und Anderen arglos der Ausdruck der historischen Schule gebraucht worden. Es wurde damals diese Seite der Wissenschaft besonders hervorgehoben, nicht um den Werth anderer Thätigkeiten und Richtungen zu verneinen oder auch nur zu vermindern, sondern weil jene Thätigkeit lange Zeit hindurch vor anderen versäumt worden war, also vorübergehend mehr als andere einer eifrigen Vertretung bedurfte, um in ihr natürliches Recht wieder einzutreten. An jene Benennung nun hat sich eine lange anhaltende, lebhafte Anfechtung geknüpft, und noch in der neuesten Zeit sind darüber harte Worte geredet worden. Eine Vertheidigung gegen solche Angriffe würde unnütz, gewissermaßen unmöglich seyn; denn wie die Verstimmung mehr von persönlichen Gefühlen, als von wissenschaftlichen Gegensätzen, ausgegangen ist, so pflegen auch die Widersacher der histori-

schen Schule Alles, was ihnen gerade unbequem oder misfällig in literarischen Erscheinungen ist, unter jenem Namen zusammen zu fassen und zu tadeln; wer möchte da eine Widerlegung versuchen? Ein Vorwurf jedoch muß, wegen seiner allgemeineren Natur, davon ausgenommen werden. Es ist oft von Gegnern behauptet worden, die Mitglieder der historischen Schule wollten die Gegenwart, ihre Selbstständigkeit verkennend, unter die Herrschaft der Vergangenheit beugen; insbesondere wollten sie die Herrschaft des Römischen Rechts ungebührlich ausdehnen: im Gegensatz theils des deutschen Rechts, theils der neuen Rechtsbildung, die durch Wissenschaft und Praxis an die Stelle des reinen Römischen Rechts getreten sey. Dieser Vorwurf hat einen allgemeinen, wissenschaftlichen Character, und er darf nicht mit Stillschweigen übergangen werden.

Die geschichtliche Ansicht der Rechtswissenschaft wird völlig verkannt und entstellt, wenn sie häufig so aufgefaßt wird, als werde in ihr die aus der Vergangenheit hervorgegangene Rechtsbildung als ein Höchstes aufgestellt, welchem die unveränderte Herrschaft über Gegenwart und Zukunft erhalten werden müsse. Vielmehr besteht das Wesen derselben in der gleichmäßigen Anerkennung des Werthes und der Selbstständigkeit jedes

Zeitalters, und sie legt nur darauf das höchste Gewicht, daß der lebendige Zusammenhang erkannt werde, welcher die Gegenwart an die Vergangenheit knüpft, und ohne dessen Kenntniß wir von dem Rechtszustand der Gegenwart nur die äußere Erscheinung wahrnehmen, nicht das innere Wesen begreifen. In besonderer Anwendung auf das Römische Recht geht die geschichtliche Ansicht nicht, wie von Vielen behauptet wird, darauf aus, demselben eine ungebührliche Herrschaft über uns zuzuwenden; vielmehr will sie zunächst in der ganzen Masse unsres Rechtszustandes dasjenige auffinden und feststellen, was in der That Römischen Ursprungs ist, damit wir nicht bewußtlos davon beherrscht werden: dann aber strebt sie, in dem Umkreis dieser Römischen Elemente unsres Rechtsbewußtseyns dasjenige auszuscheiden, was davon in der That abgestorben ist, und nur durch unser Misverständniß ein störendes Scheinleben fortführt, damit für die Entwicklung und heilsame Einwirkung der noch lebendigen Theile jener Römischen Elemente um so freyerer Raum gewonnen werde. Das vorliegende Werk insbesondere geht so wenig darauf aus, dem Römischen Recht eine übermäßige Herrschaft zuzuwenden, daß es vielmehr die Anwendbarkeit desselben in nicht wenigen Rechtslehren bestreitet, worin sie

bisher allgemein angenommen wurde, selbst von Solchen, die sich stets für Gegner der historischen Schule erklärt haben. Eine Sinnesänderung des Verfassers kann hierin nicht gefunden werden, da derselbe diese Ansichten großentheils schon seit Dreyßig bis Vierzig Jahren öffentlich vorgetragen hat; es liegt also in dieser Erscheinung vielmehr der Beweis, daß der angegebene Vorwurf, den man der historischen Schule überhaupt, und mir insbesondere, zu machen pflegte, ganz ohne Grund ist. Vielleicht kann bey Unbefangenen diese Wahrnehmung dazu dienen, den ganzen Parteystreit und die darauf bezüglichen Parteynamen allmälig zu beseitigen; zumal da die Gründe, die den ersten Gebrauch des Namens einer historischen Schule veranlaßten, zugleich mit den vorherrschenden Mängeln, deren Bekämpfung damals nöthig war, so gut als verschwunden sind. Zwar mag ein fortgeführter Streit solcher Art zur schärferen Ausbildung mancher Gegensätze dienen, aber dieser Vortheil wird gewiß weit überwogen durch die Störung des unbefangenen Urtheils über fremde Leistungen, so wie dadurch, daß in dem Streit der Parteyen Kräfte verschwendet werden, die zu den gemeinsamen Zwecken der Wissenschaft heilsamer verwendet werden könnten. Ich bin weit entfernt, den

großen Vortheil des wissenschaftlichen Streites überhaupt zu verkennen, der sogar eine Lebensbedingung der Wissenschaft ist; auch in der Art und Richtung geistiger Kräfte der Einzelnen wird stets große Verschiedenheit wahrgenommen werden. Gerade aus dem Zusammenwirken so entgegengesetzter Elemente soll aber das wahre Leben der Wissenschaft hervorgehen, und die Träger der verschiedenen Kräfte sollen nie aufhören, sich als Arbeiter an demselben großen Bau anzusehen. Lassen wir sie dagegen in feindliche Lager aus einander treten, und suchen wir durch fleißige Anwendung von Parteynamen den Gegensatz recht persönlich zu machen, so wird bald unsre Auffassung von Grund aus unwahr, und ihre Folgen können sich nur als verderblich erweisen; das individuelle Leben und Wirken der Einzelnen verschwindet vor unsren Augen, indem wir sie vorzugsweise als Anhänger einer Partey billigen oder anfeinden, und so geht uns der natürliche Gewinn für unsre eigene Bildung verloren, den wir aus der ungestörten Einwirkung ihrer Arbeit auf uns ziehen konnten.

Ist nun auf diese Weise das Bestreben, dem Römischen Recht durch das vorliegende Werk eine ungemessene Herrschaft über uns zuzuwenden, bestimmt abgelehnt worden, so soll doch auf der andern Seite nicht

weniger bestimmt anerkannt werden, daß die gründliche Kenntniß desselben auch für unsren gegenwärtigen Rechtszustand den höchsten Werth hat, ja unentbehrlich genannt werden muß; und selbst wenn diese Überzeugung hier nicht wörtlich ausgesprochen wäre, so würde sie doch schon durch die Unternehmung eines so umfassenden Werks, wie das gegenwärtige, also durch die That, an den Tag gelegt seyn. Es kommt nur darauf an, sich über den Grund und die Beschaffenheit dieses hohen Werthes der Kenntniß jenes Rechts zu verständigen.

Nicht wenige haben davon folgende Vorstellung. In den Ländern, worin noch das Römische Recht als Gesetz gelte, dürfe kein gewissenhafter Jurist das mühevolle Studium desselben unterlassen; hingegen da, wo neue Gesetzbücher eingeführt seyen, falle ein solches Bedürfniß hinweg, und der Rechtszustand sey daselbst glücklicher zu nennen, weil der Jurist seine Zeit und Kraft auf lebendigere Gegenstände verwenden könne. Wäre dieses die rechte Ansicht, so würde selbst für jene Länder das Römische Recht wenigstens einen sehr precären Werth haben, da für die Gesetzgeber derselben nichts leichter seyn würde, als den erwähnten glücklicheren Zustand durch Aneignung eines schon vorhandenen frem-

den Gesetzbuchs herbeyzuführen, wenn sie nicht etwa selbst ein eigenes neu hervorbringen möchten. — Andere haben die Behauptung eines besonderen Werthes des Römischen Rechts so aufgefaßt, als sollte das materielle Ergebniß desselben, so wie es sich in einzelnen praktischen Regeln darstellen lasse, verglichen mit ähnlichen Regeln, wie sie in Rechtsbildungen des Mittelalters oder der neueren Zeit erscheinen, für vorzüglicher erklärt werden. Daß auf eine Apologie in diesem Sinn namentlich das vorliegende Werk nicht ausgeht, wird die Ausführung desselben beweisen. In der That liegt die Sache (sehr einzeln stehende Fälle ausgenommen) tiefer, als daß sie durch eine solche Wahl zwischen entgegengesetzten praktischen Regeln abgethan werden könnte, und ein Werk, welches diesen comparativen Gesichtspunkt im Einzelnen verfolgen wollte, würde an die kindliche Stimmung erinnern, die bey der Erzählung von Kriegsgeschichten stets zu fragen geneigt ist, welches die Guten, welches die Bösen waren.

Die geistige Thätigkeit der Einzelnen in Beziehung auf das Recht kann sich in zwey verschiedenen Richtungen äußern: durch Aufnahme und Entwicklung des Rechtsbewußtseyns im Allgemeinen, also durch Wissen, Lehren, Darstellen: oder durch die Anwendung auf die

Ereignisse des wirklichen Lebens. Dieses zweyfache Element des Rechts, das theoretische und das praktische, gehört demnach dem allgemeinen Wesen des Rechts selbst an. Es liegt aber in dem Entwicklungsgang der neueren Jahrhunderte, daß diese zwey Richtungen zugleich in verschiedenen Ständen und Berufsarten aus einander getreten sind, daß also die Rechtskundigen, mit seltenen Ausnahmen, durch ihren ausschließenden oder überwiegenden Beruf entweder der Theorie oder der Praxis allein angehören. Wie dieses nicht durch menschliche Willkühr so geworden ist, so ist daran auch im Allgemeinen Nichts zu loben oder zu tadeln. Wohl aber ist es wichtig, mit Ernst zu erwägen, was in diesem Gegensatz naturgemäß und heilsam ist, wie er dagegen in verderbliche Einseitigkeit ausschlagen kann. Es beruht aber alles Heil darauf, daß in diesen gesonderten Thätigkeiten Jeder die ursprüngliche Einheit fest im Auge behalte, daß also in gewissem Grade jeder Theoretiker den praktischen, jeder Praktiker den theoretischen Sinn in sich erhalte und entwickle. Wo dieses nicht geschieht, wo die Trennung zwischen Theorie und Praxis eine absolute wird, da entsteht unvermeidlich die Gefahr, daß die Theorie zu einem leeren Spiel, die Praxis zu einem bloßen Handwerk herabsinke.

Wenn ich sage, daß jeder Theoretiker stets zugleich ein praktisches Element in sich tragen soll, so ist dieses dem Sinn und Geist nach gemeynt, nicht der Beschäftigung nach: obgleich freylich einige praktische Beschäftigung, richtig angewendet, der sicherste Weg zur Förderung des praktischen Sinnes ist. Gewiß haben Viele, die mit Ernst und Liebe der Rechtswissenschaft zugethan sind, die Erfahrung gemacht, daß irgend ein einzelner Rechtsfall ihnen ein Rechtsinstitut zu so lebendiger Anschauung gebracht hat, wie es ihnen durch Bücherstudium und eigenes Nachdenken nie gelungen war. Was uns nun so durch Zufall im Einzelnen an Ausbildung zugeführt wird, läßt sich auch als bewußtes Ziel unsres Strebens, und durch das Ganze unsrer Wissenschaft durchgeführt, denken. Dann wäre der vollendete Theoretiker derjenige, dessen Theorie durch die vollständige, durchgeführte Anschauung des gesammten Rechtsverkehrs belebt würde; alle sittlich religiösen, politischen, staatswirthschaftlichen Beziehungen des wirklichen Lebens müßten ihm dabey vor Augen stehen. Es bedarf kaum der Erwähnung, daß diese Forderung nicht aufgestellt werden soll, um denjenigen zu tadeln, der sie nicht vollständig erfüllt, da sich ja Jeder, der etwa einen solchen Maasstab an Andere anlegen möchte, sagen muß,

wie wenig er selbst dieses vermag. Dennoch ist es gut, sich ein solches Ziel für die vereinten Bestrebungen mannichfaltiger Kräfte vor Augen zu halten; zunächst um in der wahren Richtung zu bleiben, dann auch um sich gegen alle Anwandlungen des Eigendünkels zu schützen, vor welchen keiner ganz sicher ist. — Betrachten wir nun aber den wirklichen Zustand unsrer Rechtstheorie, wie sie jetzt ist, in Vergleichung mit dem Zustand, wie er vor Funfzig, und noch mehr wie er vor Hundert Jahren war, so finden wir Vorzüge und Nachtheile sehr gemischt. Zwar wird Niemand verkennen, daß jetzt Vieles möglich geworden und wirklich geleistet ist, woran früher nicht zu denken war, ja daß die Masse der hervorgearbeiteten Kenntnisse in Vergleichung mit jenen früheren Zeitpunkten sehr hoch steht. Sehen wir aber auf den oben geforderten praktischen Sinn, wodurch in den einzelnen Trägern der Theorie ihr Wissen belebt werden soll, so dürfte die Vergleichung minder vortheilhaft für die Gegenwart ausfallen. Dieser Mangel der Gegenwart aber steht im Zusammenhang mit der eigenthümlichen Richtung, die in den theoretischen Bestrebungen selbst gegenwärtig wahrzunehmen ist. Gewiß ist Nichts löblicher, als der Trieb die Wissenschaft durch neue Entdeckungen zu bereichern; dennoch hat auch die-

ser Trieb in unsrer Zeit eine oft einseitige und unheilsame Wendung genommen. Man hat angefangen, einen übertriebenen Werth zu setzen auf die Erzeugung neuer Ansichten, in Vergleichung mit der treuen, liebevollen Ausbildung und befriedigenden Darstellung des schon Erforschten, obgleich auch bey dieser, wenn sie mit Ernst geschieht, das schon Vorhandene stets eine neue Gestalt annehmen, und so zum wirklichen, wenn auch weniger bemerkbaren, Fortschritt der Wissenschaft führen wird. Da nun den Meisten eine im Großen wirkende schöpferische Kraft nicht verliehen ist, so hat jene einseitige Werthschätzung des Neuen Viele dahin geführt, sich vorzugsweise in einzelnen, abgerissenen Gedanken und Meynungen zu ergehen, und über dieser Zersplitterung den zusammenhängenden Besitz des Ganzen unsrer Wissenschaft zu versäumen. Hierin eben waren uns unsre Vorgänger überlegen, unter welchen sich verhältnißmäßig eine größere Zahl von Individuen fand, die unsre Wissenschaft im Ganzen auf eine würdige Weise zu repräsentiren vermochten. Wer jedoch die Sache von einem allgemeineren Standpunkt aus betrachten will, wird sich leicht überzeugen, daß diese Erscheinungen keineswegs der Rechtswissenschaft eigenthümlich sind, sondern vielmehr mit dem Ent-

wicklungsgang unsrer Literatur überhaupt in Zusammenhang stehen.

Auf der anderen Seite wurde oben gefordert, daß der Praktiker zugleich ein theoretisches Element in sich trage. Auch dieses wiederum ist nicht so gemeynt, daß er zugleich als Schriftsteller thätig seyn, oder auch nur ein sehr umfassendes Bücherstudium stets fortführen solle: Beides würde schon durch den Umfang der praktischen Arbeiten meist unmöglich werden. Aber den Sinn für die Wissenschaft soll er in seinem praktischen Geschäft selbst stets lebendig erhalten, er soll nie vergessen, daß die richtig aufgefaßte Rechtswissenschaft nichts Anderes ist, als die Zusammenfassung desjenigen, was er im Einzelnen sich zum Bewußtseyn bringen und anwenden soll. Nichts ist häufiger, als in der Würdigung eines praktischen Juristen auf die bloße Gewandtheit und Leichtigkeit ausschließenden Werth zu legen, obgleich diese an sich sehr brauchbare Eigenschaften mit der gewissenlosesten Oberflächlichkeit gar wohl vereinbar sind. Daß unsrer juristischen Praxis der rechte Geist nicht überall inwohnt, geht sichtbar hervor aus dem Erfolg, wie er sich im Großen darstellt. Wäre in ihr dieser Geist wirksam, so müßte auch von ihr ein sicherer Fortschritt gesunder Rechtswissenschaft ausgehen, sie

müßte die theoretischen Bestrebungen unterstützen und, wo sie abirren, auf die rechte Bahn zurück führen, besonders aber müßte sie der Gesetzgebung so vorarbeiten, daß beide, Gesetz und Rechtsanwendung, naturgemäß in innerer Einheit vorwärts giengen. Und finden wir nicht meistens von diesem Allen gerade das Gegentheil?

Besteht nun also das Hauptübel unsres Rechtszustandes in einer stets wachsenden Scheidung zwischen Theorie und Praxis, so kann auch die Abhülfe nur in der Herstellung ihrer natürlichen Einheit gesucht werden. Gerade dazu aber kann das Römische Recht, wenn wir es richtig benutzen wollen, die wichtigsten Dienste leisten. Bey den Römischen Juristen erscheint jene natürliche Einheit noch ungestört, und in lebendigster Wirksamkeit; es ist nicht ihr Verdienst, so wie der entgegengesetzte heutige Zustand mehr durch den allgemeinen Gang der Entwicklung, als durch die Schuld der Einzelnen, herbeygeführt worden ist. Indem wir uns nun mit Ernst und Unbefangenheit in ihr, von dem unsrigen so verschiedenes, Verfahren hinein denken, können auch wir uns dasselbe aneignen, und so für uns selbst in die rechte Bahn einlenken.

Da es aber sehr verschiedene Weisen giebt, in welchen die Kenntniß des Römischen Rechts gesucht werden

kann, so ist es nöthig klar auszusprechen, welcherley Weise dieser Kenntniß hier gefordert wird, wenn der angegebene Zweck erreicht werden soll. Daß ein gründliches wissenschaftliches Verfahren gemeynt ist, wird wohl Jeder erwarten; Mancher aber möchte durch das Misverständniß zurück geschreckt werden, als werde Jedem, der sich eine solche Kenntniß des Römischen Rechts erwerben wolle, auch die ganze Arbeit antiquarischer Untersuchung und kritischer Quellenforschung angemuthet. Obgleich nun auch dieser Theil unsrer Studien wichtig ist, so soll doch hier keinesweges das heilsame Princip der Theilung der Arbeit verkannt werden; die Meisten also werden sich mit den Resultaten jener von Einzelnen angestellten speciellen Forschungen völlig genügen lassen können. Auf der andern Seite aber würde es ganz irrig seyn zu glauben, als ob mit einer Kenntniß der allgemeinsten Grundsätze des Römischen Rechts für den angegebenen Zweck auch nur das Geringste gewonnen werden könnte: einer Kenntniß etwa, wie sie in einem Institutionencompendium niedergelegt ist, oder wie sie in den Französischen Rechtsschulen mitgetheilt zu werden pflegt. Eine solche Kenntniß ist genügend, um das wörtliche Andenken des Römischen Rechts auf eine bessere Zukunft fortzupflanzen; dem, welcher sich auf sie

beschränkt, lohnt sie kaum die geringe Mühe, die er darauf verwendet. Soll uns die Kenntniß des Römischen Rechts zu dem hier angegebenen Ziel führen, so giebt es nur Einen Weg dazu: wir müssen uns in die Schriften der alten Juristen selbstständig hinein lesen und denken. Dann wird uns auch die ungeheure Masse neuerer Literatur nicht mehr abschrecken. Zweckmäßige Anleitung mag uns das Wenige daraus bemerklich machen, wodurch unser unabhängiges Studium wahrhaft gefördert werden kann; die übrige Masse überlassen wir den Juristen von theoretischem Beruf, die freylich auch diese mühevolle Beschäftigung nicht von sich abweisen dürfen.

Das vorliegende Werk ist ganz besonders dazu bestimmt, die hier dargelegten Zwecke ernstlicher Beschäftigung mit dem Römischen Recht zu befördern: vorzüglich also die Schwierigkeiten zu vermindern, die den Juristen von praktischem Beruf von einem eigenen, selbstständigen Quellenstudium abzuhalten pflegen. Durch diese Schwierigkeiten wird den Ansichten, die gerade in den gangbarsten neueren Handbüchern niedergelegt sind, eine ungebührliche Herrschaft über die Praxis zugewendet; geht also die Absicht des Verfassers bey diesem Werke in Erfüllung, so wird dadurch zugleich auf

die Emancipation der Praxis von einer unächten Theorie hingewirkt werden.

Allerdings finden diese Gedanken ihre unmittelbarste Anwendung in den Ländern, worin noch jetzt das Römische Recht die Grundlage der Rechtspraxis bildet; dennoch sind sie auch anwendbar da wo neue Gesetzbücher an die Stelle des Römischen Rechts getreten sind. Denn die Mängel des Rechtszustandes sind hier und dort wesentlich dieselben, und eben so ist das Bedürfniß und die Art der Abhülfe weniger verschieden, als man glauben möchte. Auch in den Ländern also, die mit einheimischen Gesetzbüchern versehen sind, wird durch die hier dargestellte Benutzungsweise des Römischen Rechts die Theorie theils neu belebt, theils vor ganz subjectiven und willkührlichen Abirrungen bewahrt, besonders aber der Praxis wieder näher gebracht werden, worauf überall das Meiste ankommt. Schwerer freylich ist hier eine solche Umwandlung als in den Ländern des gemeinen Rechts, aber unmöglich ist sie nicht. Das zeigt uns besonders das Beyspiel der neueren Französischen Juristen, die oft auf recht verständige Weise ihr Gesetzbuch aus dem Römischen Recht erläutern und ergänzen. Hierin verfahren sie ganz im wahren Sinn dieses Gesetzbuchs, und wo sie fehl greifen, da geschieht es weni-

ger aus einer ungehörigen Benutzungsweise des Römischen Rechts, als aus mangelhafter Kenntniß desselben. Hierin nun sind wir ihnen unstreitig überlegen; allein in der Art der Benutzung neben den einheimischen Gesetzen würden wir wohl thun von ihnen zu lernen. Schwieriger allerdings als bey ihnen ist diese Benutzung in unsrem Preußischen Vaterland, da in unsrem Landrecht theils durch die eigenthümliche Darstellungsweise, theils durch die weit getriebene Ausführlichkeit, der wirklich vorhandene innere Zusammenhang mit dem früheren Recht oft verdeckt wird. Schwieriger also ist sie, aber darum nicht unmöglich; und wenn sie wiederhergestellt wird, so wird damit zugleich einem wesentlichen Übel abgeholfen, das aus der Einführung des Landrechts hervorgegangen ist. Dieses Übel besteht in der gänzlichen Abtrennung von der wissenschaftlichen Bearbeitung des gemeinen Rechts, wodurch unsrer Praxis eines der wichtigsten Bildungsmittel bisher entzogen wurde, die lebendige Berührung mit dem juristischen Denken früherer Zeiten und anderer Länder. Es ist nicht zu verkennen, daß zu der Zeit, worin die Abfassung des Preußischen Landrechts unternommen wurde, die deutsche juristische Literatur großentheils geistlos und unbehülflich geworden war, also auch die Fähigkeit eines

wohlthätigen Einflusses auf die Praxis meist verloren hatte; ja eben die Wahrnehmung dieses mangelhaften Rechtszustandes hat damals zu dem Versuch geführt, dem Übel durch ein einheimisches Gesetzbuch abzuhelfen, und so die Grundlage des praktischen Rechts gänzlich umzuändern. Wenn es uns jetzt gelänge, die aufgelöste Verbindung mit der gemeinrechtlichen Literatur theilweise wieder anzuknüpfen, so könnte daraus nunmehr, bey dem gänzlich veränderten Zustand der Rechtswissenschaft, nur ein wohlthätiger Einfluß auf die Praxis entstehen, und die Nachtheile, die sich in früherer Zeit so fühlbar gemacht hatten, würden gewiß nicht wiederkehren.

Manche finden in der Anmuthung, das Römische Recht fortwährend als Bildungsmittel für unsren Rechtszustand zu benutzen eine verletzende Zurücksetzung unsrer Zeit und unsrer Nation. Sie fassen die Sache so auf, als könnten wir auf diesem Wege, im günstigsten Falle, doch nur eine unvollkommene Nachahmung oder Wiederholung des von den Römern hervorgebrachten Rechtszustandes darstellen, es sey aber würdiger, durch unabhängiges Streben etwas Neues und Eigenthümliches zu schaffen. Diesem an sich löblichen Selbstgefühl liegt aber folgendes Misverständniß zum Grunde. Bei dem großen und mannichfaltigen Rechtsstoff, den uns die

Jahrhunderte zugeführt haben, ist unsre Aufgabe ohne Vergleich schwieriger, als es die der Römer war, unser Ziel also steht höher, und wenn es uns gelingt dieses Ziel zu erreichen, so werden wir nicht etwa die Trefflichkeit der Römischen Juristen in bloßer Nachahmung wiederholt, sondern weit Größeres als sie geleistet haben. Wenn wir gelernt haben werden, den gegebenen Rechtsstoff mit derselben Freyheit und Herrschaft zu behandeln, die wir an den Römern bewundern, dann können wir sie als Vorbilder entbehren, und der Geschichte zu dankbarer Erinnerung übergeben. Bis dahin aber wollen wir uns eben so wenig durch falschen Stolz, als durch Bequemlichkeit, abhalten lassen ein Bildungsmittel zu benutzen, welches wir durch eigene Kraft zu ersetzen schwerlich vermögen würden. Es wird also hierin ein Verhältniß unsrer Zeit zum Alterthum behauptet, wie wir es in ähnlicher Weise auch in anderen geistigen Gebieten wahrnehmen. Niemand möge diese Worte so verstehen, als sollte die Beschäftigung mit dem Römischen Recht erhoben werden zum Nachtheil der eifrigen germanistischen Bestrebungen, die gerade in unsrer Zeit so erfreulichen Hoffnungen Raum geben. Nichts ist häufiger und natürlicher, als den lebendigen Eifer für das Gebiet unsrer eigenen Forschungen kund zu geben durch Herab-

setzung eines verwandten fremden Gebietes; aber ein Irrthum ist es dennoch, und dieser Irrthum wird unfehlbar nur demjenigen Nachtheil bringen, der ihn hegt und übt, nicht dem Gegner, welchem durch solche Herabsetzung Abbruch gethan werden soll.

Aus dem oben dargelegten Plan dieses Werks geht hervor, daß es vorzugsweise einen kritischen Character haben wird. Manche werden damit wenig zufrieden seyn, indem sie überall nur positive, zu unmittelbarer Anwendung brauchbare, Wahrheit verlangen, unbekümmert um die Art ihrer Erwerbung, und um die möglichen Gegensätze derselben. Unser geistiges Leben wäre leicht und bequem, wenn wir lediglich die klare, einfache Wahrheit ausschließend auf uns einwirken lassen und so zu immer neuer Erkenntniß ungestört fortschreiten könnten. Allein uns umgiebt und hemmt von allen Seiten der Schutt falscher oder halbwahrer Begriffe und Meynungen, durch die wir uns Bahn machen müssen. Wollen wir mit dem Schicksal darum rechten, daß es uns solche unnütze Mühe aufgebürdet hat? Schon als in eine nothwendige Bedingung unsres geistigen Daseyns müßten wir uns darein fügen, allein es fehlt auch nicht an reicher Frucht, die als Lohn unsrer Arbeit aus dieser Nothwendigkeit erwächst. Unsere geistige Kraft

findet darin ihre allgemeine Erziehung, und jede einzelne Wahrheit, die wir durch diesen Kampf mit dem Irrthum gewinnen, wird in höherem Sinn unser Eigenthum, und erweist sich uns fruchtbarer, als wenn wir sie leidend und mühelos von Anderen empfangen.

Der erwähnte kritische Character des Werks wird sich nun vorzüglich in folgenden einzelnen Anwendungen zeigen. Zunächst, und recht ausschließend, in den nicht seltenen blos negativen Resultaten einer angestellten Untersuchung; mögen diese darin bestehen, daß ein Römisches Rechtsinstitut als erstorben, und also unsrem Rechtszustand fremd, nachgewiesen wird, oder in der Darlegung der von neueren Juristen in unser Rechtssystem aus Misverstand eingeschobenen grundlosen Begriffe und Lehrmeynungen. Gerade solche Untersuchungen sind es, womit Viele am Wenigsten behelligt und aufgehalten werden möchten. Wer aber Steine aus dem Wege räumt, oder gegen Abwege warnt durch aufgestellte Wegweiser, der verbessert doch wesentlich den Zustand seiner Nachfolger; mag es auch, wenn solche erlangte Vortheile durch Gewohnheit befestigt sind, bald vergessen werden, daß es jemals eine Zeit gab, worin hier Schwierigkeiten zu bestehen waren.

Allein nicht nur in blos negativen Resultaten wird sich jener kritische Character des Werks zeigen, sondern auch da, wo für eine aufgestellte positive Wahrheit der einfache, absolute Gegensatz des Wahren und Falschen nicht ausreicht. So kommt es in vielen Fällen vorzugsweise darauf an, den Grad unsrer Überzeugung näher zu bezeichnen. Wenn wir nämlich fremden Meynungen streitend entgegen treten, kann dieses auf verschiedene Weise geschehen. Nicht selten begleitet unsre Überzeugung das Gefühl vollständiger Gewißheit, indem wir einsehen, wie die Meynung des Gegners aus logischen Fehlern, factischer Unkenntniß, oder durchaus verwerflicher Methode entsprungen ist; dann halten wir diese Meynung für wissenschaftlich unerlaubt, und in unsrem Widerspruch ist dann ein entschiedener Tadel des Gegners nothwendig enthalten. Nicht so in anderen Fällen, worin wir, nach sorgfältiger Abwägung aller Gründe, zwar Einer Meynung den Vorzug geben, doch ohne den Anspruch auf so entschiedene Verurtheilung unsres Gegners. In dieser Wahrscheinlichkeit nun, womit wir uns dann begnügen müssen, lassen sich Grade unterscheiden, und die genaue Bezeichnung, die gewissenhafte Anerkennung dieser Grade gehört ebensowohl zum sittlichen, als zum wissenschaftlichen Werth

unsrer Arbeit (a). — In anderen Fällen streitender Meynungen ist es von Wichtigkeit, die eigentliche Gränze des Streitigen, so wie den Werth und Einfluß, den diese Meynungsverschiedenheit für die Wissenschaft hat, genau zu bestimmen. Die Lebhaftigkeit des Streites, so wie das durch denselben häufig erhöhte Selbstgefühl, verleitet uns leicht zu einer übertriebenen Werthschätzung desselben, und läßt uns dann auch Andere hierin irre führen. — Endlich verdient noch, in den von uns angefochtenen fremden Meynungen, große Aufmerksamkeit ein Verhältniß derselben, das sich als relative Wahrheit bezeichnen läßt. Nicht selten nämlich werden wir in einer Meynung, die wir als entschiedenen Irrthum verwerfen müssen, dennoch ein wahres Element erkennen, welches nur durch verkehrte Behandlung oder einseitige Übertreibung in Irrthum umgewandelt worden ist; namentlich gilt dieses von den vielen Fällen, worin der Irrthum nur darin besteht, daß das Concrete zu

(a) Lebensnachrichten über B. G. Niebuhr B. 2 S. 208: „Vor allen Dingen aber müssen wir in den Wissenschaften unsre Wahrhaftigkeit so rein erhalten, daß wir absolut allen falschen Schein fliehen, daß wir auch nicht das allergeringste als gewiß schreiben, wovon wir nicht völlig überzeugt sind, daß wir, wo wir Vermuthung aussprechen müssen, alles anstrengen um den Grad unsers Wahrhaltens anschaulich zu machen.“ — Vieles in dem trefflichen Briefe, woraus diese Stelle genommen ist, gehört nicht der Philologie allein an (worauf es sich zunächst bezieht), sondern allen Wissenschaften überhaupt.

allgemein, oder das wahrhaft Allgemeine zu concret aufgefaßt wird. Die Ausscheidung und Anerkennung eines solchen wahren Elements in der von uns als irrig bekämpften Meynung kann für die Wissenschaft von großem Werth seyn; sie ist vorzugsweise geeignet, unter unbefangenen, wahrheitsliebenden Gegnern eine Verständigung herbey zu führen, und so den Streit zur reinsten, befriedigendsten Entscheidung zu bringen, indem die Gegensätze in einer höheren Einheit aufgelöst werden.

Die Form, worin die hier dargelegten Zwecke verfolgt werden sollen, ist die systematische, und da das Wesen derselben nicht von Allen auf gleiche Weise aufgefaßt wird, so ist es nöthig, eine allgemeine Erklärung hierüber gleich an dieser Stelle nieder zu legen. Ich setze das Wesen der systematischen Methode in die Erkenntniß und Darstellung des inneren Zusammenhangs oder der Verwandtschaft, wodurch die einzelnen Rechtsbegriffe und Rechtsregeln zu einer großen Einheit verbunden werden. Solche Verwandtschaften nun sind erstlich oft verborgen, und ihre Entdeckung wird dann unsre Einsicht bereichern. Sie sind ferner sehr mannichfaltig, und je mehr es uns gelingt, bey einem Rechtsinstitut dessen Verwandtschaften nach verschiedenen Sei-

ten hin zu entdecken und zu verfolgen, desto vollständiger wird unsre Einsicht werden. Endlich giebt es auch nicht selten einen täuschenden Schein von Verwandtschaft, wo eine solche in der That nicht vorhanden ist, und dann besteht unsre Aufgabe in der Vernichtung dieses Scheins. — Natürlich wird auch die äußere Anordnung eines systematischen Werks durch jenen inneren Zusammenhang, der sich in ihr abzuspiegeln hat, bestimmt werden, und nicht selten ist es diese allein, woran man zu denken pflegt, wenn von systematischer Behandlung die Rede ist. Dabey ist jedoch gegen manche Misverständnisse zu warnen. In der reichen, lebendigen Wirklichkeit bilden alle Rechtsverhältnisse Ein organisches Ganze, wir aber sind genöthigt, ihre Bestandtheile zu vereinzeln, um sie successiv in unser Bewußtseyn aufzunehmen und Anderen mitzutheilen. Die Ordnung, in die wir sie stellen, kann also nur durch diejenige Verwandtschaft bestimmt werden, die wir gerade als die überwiegende erkennen, und jede andere in der Wirklichkeit vorhandene Verwandtschaft kann nur in abgesonderter Darstellung daneben bemerklich gemacht werden. Hierin nun ist eine gewisse Duldsamkeit zu fordern, ja selbst einiger Spielraum für den subjectiven Bildungsgang des Schriftstellers, der ihn vielleicht be-

stimmt, eine gewisse Betrachtungsweise besonders hervorzuheben, die er dann aber auch vorzugsweise fruchtbar zu machen im Stande seyn wird.

Viele fordern von einer systematischen Darstellung, daß in derselben Nichts vorkomme, was nicht in dem Vorhergehenden seine vollständige Begründung gefunden habe, daß also auf keine Weise in den Inhalt später folgender Theile hinüber gegriffen werde. Diesen muß das vorliegende Werk den größten Anstoß erregen, da ich jene Forderung, für ein Werk wie dieses, nicht einmal als ein annäherungsweise zu befolgendes Gesetz anerkennen kann. Bey jener Forderung liegt zum Grunde die Voraussetzung, daß dem Leser der Stoff fremd sey und jetzt erst bekannt werden solle, und darum ist sie auch richtig, wenn sie für die Einrichtung des ersten Unterrichts aufgestellt wird. Allein nicht leicht wird Jemand auf den Gedanken kommen, durch ein ausführliches Werk, wie das gegenwärtige, die Rechtswissenschaft zuerst erlernen zu wollen. Vielmehr werden es Diejenigen, denen der Stoff aus Vorlesungen und anderen Büchern bekannt ist, dazu benutzen, die schon erworbene Kenntniß zu prüfen, zu reinigen, tiefer zu begründen, zu erweitern. Diesen aber kann wohl auf jedem Punkte der Darstellung angemuthet werden, Das

was sie schon wissen in ihr Bewußtseyn zurück zu rufen, auch wenn es in diesem Werk erst später für sich dargestellt wird. Will man dieses Verfahren vermeiden, so ist man genöthigt, die Darstellung der wichtigsten und fruchtbarsten Verwandtschaften der Rechtsinstitute entweder ganz aufzugeben, oder doch an solche Stellen zu verlegen, an welchen sie weit weniger anschaulich und wirksam werden muß. Wird daher nur in der That der Vortheil lebendiger Anschaulichkeit durch die gewählte Anordnung erreicht, so bedarf diese Wahl einer anderen Rechtfertigung nicht. — Diejenigen aber, die sich durch diese Gründe nicht bestimmen lassen möchten, den erwähnten Tadel aufzugeben, sind daran zu erinnern, daß sie sich in ausführlichen Monographieen eine Menge von Voraussetzungen gefallen lassen, die in demselben Buch nicht ihre Begründung finden. Warum sollte nun der Verfasser eines umfassenden Systems hierin geringeres Recht haben, als der Verfasser einer Monographie?

Indem aber hier, zur Beseitigung eines vorauszusehenden Einwurfs, der Monographieen gedacht worden ist, die um so wichtiger sind, als in ihnen in neuerer Zeit der wichtigste Fortschritt unsrer Wissenschaft zu suchen ist, muß zugleich einem Misverständniß begegnet

werden, welches über das Verhältniß dieser Art von Arbeiten zu einem umfassenden Rechtssystem bey Manchen wahrgenommen wird. Diese denken sich nämlich jede Monographie so, als wäre sie ein einzelner Abschnitt, aus dem Ganzen eines Systems zufällig besonders bearbeitet und herausgegeben; nach dieser Ansicht bedürfte es nur einer hinreichenden Anzahl guter Monographieen, um durch Zusammenfügen derselben ein befriedigendes System zu erbauen. Der wesentliche Unterschied besteht aber darin, daß in der Monographie der Standpunkt eines einzelnen Rechtsinstituts willkührlich gewählt wird, um von diesem aus die Beziehungen zu dem Ganzen zu erkennen; hierdurch aber wird die Auswahl und die Anordnung des Stoffs eine ganz andere, als da wo dasselbe Rechtsinstitut im Zusammenhang eines vollständigen Rechtssystems darzustellen ist. Ich habe diese Bemerkung auch deswegen nöthig gefunden, um es voraus zu erklären und zu rechtfertigen, wenn die Lehre vom Besitz in dem vorliegenden Werk eine ganz andere Gestalt haben wird, als in dem Buch, worin ich dieselbe früher abgesondert dargestellt habe.

Neben dem System selbst finden sich in diesem Werk abgesonderte Untersuchungen unter dem Namen von Beylagen; diese Einrichtung habe ich aus verschiedenen

Gründen nöthig gefunden. Zuweilen fordert eine einzelne Frage eine so ausgedehnte Untersuchung, daß dadurch im Laufe des Systems das richtige Maaß weit überschritten, also der natürliche Zusammenhang gestört werden würde. In anderen Fällen greift ein Rechtsbegriff so gleichmäßig in ganz verschiedene Theile des Systems ein, daß nur eine abgesonderte Darstellung zu einer erschöpfenden Behandlung des Gegenstandes führen kann; dieses gilt namentlich von einer ausführlichen Beylage, worin die Lehre vom Irrthum abgehandelt werden wird (Beylage VIII). Endlich liegen zwar antiquarische Untersuchungen ganz außer dem Plane des Werks; zuweilen aber sind dieselben mit Instituten des neuesten Rechts so verwebt, daß diese nicht vollständig zur Anschauung gebracht werden könnten, wenn nicht jenen ihre bescheidene Stelle in einer Beylage eingeräumt würde. — Eine ganz sichere Gränze zu ziehen zwischen dem Stoff, der dem System, und dem welcher den Beylagen zugetheilt werden soll, ist unmöglich, und es wird vielleicht Mancher wünschen, daß hier und dort etwas Mehr oder Weniger, als geschehen ist, in die Beylagen verwiesen seyn möchte. Allein auch bey dieser Frage mag der individuellen Freyheit ein etwas weiter Spielraum ohne Gefahr zugestanden werden.

In früheren Zeiten pflegte man wohl bey der Darstellung der einzelnen Rechtsinstitute eine ganz gleichförmige Weise anzuwenden, wozu vorzugsweise gehörte, daß der Darstellung des Begriffs eine vollständige Angabe aller möglichen Eintheilungen desselben folgen mußte. Manche neuere Schriftsteller haben diese Einrichtung als unbehülflich und unnütz verworfen, und sich darauf beschränkt, Eintheilungen da bemerklich zu machen, wo sie durch die Aufstellung einzelner Rechtsregeln herbeygeführt werden. Als allgemeine Maxime kann ich weder das eine noch das andere Verfahren billigen, indem ich hierin jede mechanische Gleichförmigkeit verwerflich finde, sie mag in Thun oder Lassen bestehen. Jede Form ist gut und räthlich, deren Anwendung die klare, gründliche Einsicht in ein Rechtsinstitut fördert, und man soll daher in jedem einzelnen Falle dasjenige thun, was die eigenthümliche Natur desselben erfordert. Wo also der Begriff eines Rechtsinstituts Gegensätze in sich schließt, die in das Wesen desselben tief eingreifen, da kann es wohl zur freyen, vollständigen Handhabung des Begriffs nöthig werden, der allgemeinen Angabe desselben sogleich die Eintheilungen beyzufügen, worin jene Gegensätze ihren Ausdruck finden.

Besondere Sorgfalt wird in dem vorliegenden Werk

auf die genaue Feststellung des quellenmäßigen Sprachgebrauchs verwendet werden, und es ist nöthig diese zu rechtfertigen, da Manche glauben, daß in neuerer Zeit auf diesen Gegenstand ein übertriebenes Gewicht gelegt werde. Die Wichtigkeit desselben beruht aber darauf, daß zwischen dem unächten Sprachgebrauch, und der irrigen Construction oder Verbindung von Begriffen, eine unverkennbare und gefährliche Wechselwirkung besteht. Denn wenn auf der einen Seite der falsche Sprachgebrauch Product und Kennzeichen des irrigen Begriffs ist, so wird hinwiederum dieser durch jenen befestigt, erweitert, fortgepflanzt. Ist nun aber durch Aufdeckung der unächten Terminologie diese Quelle des Irrthums zerstört, dann dürfen wir uns auch nicht abhalten lassen, neu gebildete Kunstausdrücke zu gebrauchen, da wo der Sprachgebrauch der Quellen nicht ausreichend ist, und in dieser Hinsicht wird vielleicht von Manchen der Purismus zu weit getrieben. Nur diejenigen unächten Ausdrücke wird es stets gerathen seyn zu vermeiden, die sich durch ihre Verbindung mit falschen Begriffen in der That schon gefährlich erwiesen haben.

Über die Art, wie die Quellen in diesem Werk benutzt werden, giebt zwar ein besonderes Kapitel dessel-

ben (§ 32—52) Aufschluß; dennoch werden auch schon hier einige allgemeine Erklärungen nicht am unrechten Orte stehen. Oft sind die Juristen darüber verspottet worden, daß sie sich in ihren Quellencitaten eine große Verschwendung zu Schuld kommen lassen, indem sie mit zahlreichen Stellen auch dasjenige zu beweisen suchen, was ihnen ohnehin Jeder glaubt. Nimmt man freylich solche Citate als bloße Vertheidigungsanstalten gegen gar nicht vorhandene Zweifel und Widersprüche, so könnte dieser Tadel einigen Grund haben. Allein es giebt dafür noch eine andere, gewissermaßen umgekehrte, Ansicht. Hat nämlich die oben aufgestellte Behauptung Grund, daß wir aus der rechten Betrachtung der alten Juristen für unser eigenes juristisches Denken eine Belebung und Bereicherung gewinnen können, wie sie uns anderwärts nicht dargeboten wird, und ist zugleich diese rechte Betrachtung nicht ohne eigenthümliche Schwierigkeiten, so muß uns eine planmäßige Anleitung zu derselben willkommen seyn. Zu einer solchen Anleitung nun soll das vorliegende Werk dienen; von diesem Gesichtspunkt aus erscheinen die aus den Quellen citirten Stellen nicht blos als Beweise der in dem System aufgestellten Sätze, sondern diese Sätze werden zugleich Einleitung und Commentar zu den citirten Stel-

len, die in dieser Auswahl, in dieser Anordnung, in dieser Verbindung mit der in dem System enthaltenen Darstellung, unsrer Denkweise näher gebracht, und dadurch zugänglicher für uns werden sollen. — Nicht selten findet es sich, daß Zwey gleich sorgfältige Forscher, indem sie ganz dasselbe Material verarbeiten, dennoch zu sehr verschiedenen Resultaten geführt werden. Diese Verschiedenheit wird meist davon abhängen, welche Stellen gerade zum Mittelpunkt der ganzen Untersuchung erhoben, welche als untergeordnet mit jenen in Verbindung gebracht werden; ein Fehlgriff in dieser Sonderung kann der ganzen Arbeit eine falsche Richtung geben. Hierin nun läßt sich durch aufgestellte Regeln wenig Sicherheit gewinnen; das Studium trefflicher Muster wird gute Dienste leisten, vorzüglich aber müssen wir durch eigene Übung den Takt zu gewinnen suchen, der uns den rechten Weg finden lehrt.

Umgekehrt möchten Manche ihre Erwartung getäuscht finden, indem sie ein reichhaltigeres literarisches Material zu fordern geneigt wären, als sich in dem vorliegenden Werk finden wird. Ich habe absichtlich nur solche Schriftsteller angeführt, die in Beziehung auf den oben dargelegten Plan des Werks in irgend einer Weise förderlich seyn können, wäre es auch nur indem sie wie-

der auf andere Schriftsteller zu weiterer Nachforschung verweisen; keinesweges also habe ich nach einer materiellen Vollständigkeit in der Angabe aller einen Gegenstand behandelnden Schriften gestrebt, auch wenn sie uns keinen namhaften Gewinn darbieten, in welchem Fall es uns ja der Leser wenig Dank weiß, wenn wir ihn durch Anführung solcher Schriften verleiten, seine Zeit an eine unfruchtbare Bekanntschaft zu verschwenden. Wäre ich in jüngeren Jahren zu dieser Unternehmung gekommen, so würde ich eine erschöpfende Benutzung der juristischen Literatur in ganz anderem Sinn versucht haben. Wir finden in derselben zwey große, schwer zu bewältigende, Massen, aus welchen allerdings noch mancher Gewinn zu ziehen seyn möchte; die eine besteht in den Exegeten, von den Glossatoren an, und dann besonders durch die Französische Schule hindurch: die andere in den Praktikern, den Verfassern der zahllosen Consilien, Responsen u. s. w., gleichfalls von den Glossatoren an gerechnet. Eine erschöpfende Benutzung derselben bey Abfassung eines Rechtssystems, so wie ich sie meyne, würde darin bestehen, daß diese Schriftsteller vollständig durchgelesen würden mit besonderer Rücksicht auf dieses System, das heißt um dasselbe durch sie zu prüfen, zu berichtigen, zu ergänzen, wodurch unzweifel-

haft sehr Vieles im Einzelnen, weniger im Großen und Ganzen, gewonnen werden möchte. Jetzt, da ich am Abend meines Lebens dieses Werk anfange, wäre es Thorheit an einen solchen Plan zu denken. Wer aber etwa dem Werk einen bleibenden Werth beylegen möchte, könnte sich ein wesentliches Verdienst um dasselbe erwerben, wenn er die hier bezeichnete literarische Vervollständigung unternehmen wollte. Es liegt nichts Abentheuerliches in diesem Vorschlag, da derselbe ganz allmälig und stückweise zur Ausführung gebracht werden könnte; etwa indem die Schriftsteller eines beschränkten Zeitraums, ja sogar einzelne Werke, zu dem angegebenen Zweck durchgelesen würden. — Vielleicht wird auch im Eingang des Werks eine allgemeine Zusammenstellung der für das Studium unsres Rechtssystems brauchbaren und empfehlungswerthen Schriften vermißt werden. Es scheint mir aber zweckmäßiger, dieses allerdings erhebliche Bedürfniß durch abgesonderte bibliographische Schriften zu befriedigen; eben so wie die historische Zusammenstellung unsrer einzelnen Rechtsquellen, ihrer Handschriften, und ihrer Ausgaben, besser in rechtsgeschichtlichen Werken, als in dem Eingang eines Rechtssystems unternommen wird, wo die Grundlage und der Zusammenhang für eine befriedigende Mittheilung dieser Art fehlt.

Der Stoff zu dem vorliegenden Werk ist allmälig in Vorlesungen gesammelt und verarbeitet worden, die der Verfasser gerade seit dem Anfang des Jahrhunderts über das Römische Recht gehalten hat. Allein in der Gestalt, in welcher es hier vorliegt, ist es dennoch eine völlig neue Arbeit, wozu jene Vorlesungen nur als Vorbereitung benutzt werden konnten. Denn Vorlesungen sind für Unkundige bestimmt; sie sollen Denselben neue, fremde Gegenstände zum Bewußtseyn bringen, indem sie diese Mittheilung an andere Kenntnisse der Zuhörer, und an die allgemeine Bildung derselben, anzuknüpfen suchen. Der Schriftsteller dagegen arbeitet für die Kundigen; er setzt bey ihnen den Besitz der Wissenschaft in ihrer gegenwärtigen Gestalt voraus, knüpft seine Mittheilung an diesen Besitz an, und fordert sie auf, Das was sie wissen, gemeinschaftlich mit ihm, von Neuem zu durchdenken, damit sie ihren Besitz reinigen, sichern, erweitern. So unläugbar nun dieser Gegensatz beider Formen der Mittheilung ist, so sind doch auch Übergänge nicht nur denkbar, sondern unverwerflich. Auch der Schriftsteller kann zuweilen den Stoff auf solche Weise behandeln, daß er unvermerkt, gemeinschaftlich mit dem Leser, auf die Anfänge wissenschaftlicher Begriffe zurückgeht, und sie so vor seinen Augen gleichsam

nen entstehen läßt. Nicht selten wird ein solches Verfahren zur Läuterung der Begriffe und Grundsätze, nachdem sie von Anderen mit Willkühr behandelt und entstellt worden sind, gute Dienste thun; Neigung und Fähigkeit dazu wird sich vorzugsweise finden, wenn der Verfasser den Stoff, welchen er jetzt als Schriftsteller bearbeitet, oft in Vorlesungen zu behandeln Veranlassung gehabt hat. — Der Plan zu dem Werk in seiner hier vorliegenden Gestalt ist im Frühjahr **1835** entworfen worden; im Herbst desselben Jahres wurde die Ausarbeitung begonnen, und bey dem Anfang des Drucks waren die Vier Kapitel des ersten Buchs, und die Drey ersten Kapitel des zweyten zu Ende gebracht.

Indem ich jetzt dieses Werk hinaus sende, kann ich den Gedanken an die Schicksale, die ihm bevorstehen, nicht unterdrücken. Gutes und Böses wird ihm widerfahren wie jedem menschlichen Streben und Wirken. Gar Manche werden mir sagen, wie mangelhaft es sey; aber Keiner kann dessen Mängel vollständiger einsehen und lebhafter empfinden als ich. Jetzt, da ein ansehnlicher Theil fertig vor mir liegt, möchte ich, daß so Manches erschöpfender, anschaulicher, also anders gerathen wäre. Sollte uns eine solche Erkenntniß den Muth lähmen, den der Entschluß zu jeder weitaussehenden Un-

ternehmung fordert? Beruhigen kann neben jener Selbsterkenntniß die Betrachtung, daß die Wahrheit nicht blos gefördert wird, indem wir sie unmittelbar erkennen und aussprechen, sondern auch indem wir den Weg dazu zeigen und bahnen, indem wir die Fragen und Aufgaben fest stellen, auf deren Lösung aller Erfolg beruht; dann helfen wir Anderen, an das Ziel zu gelangen, welches zu erreichen uns nicht gewährt wurde. So beruhigt mich auch jetzt das Selbstvertrauen, daß das vorliegende Werk fruchtbare Keime der Wahrheit enthalten mag, die vielleicht erst in Anderen ihre volle Entwicklung finden, und zu reifen Früchten gedeihen werden. Wenn dann über der neuen, reicheren Entfaltung die gegenwärtige Arbeit, die dazu den Keim darbot, in den Hintergrund tritt, ja vergessen wird, so liegt daran wenig. Das einzelne Werk ist so vergänglich, wie der einzelne Mensch in seiner sichtbaren Erscheinung; aber unvergänglich ist der durch die Lebensalter der Einzelnen fortschreitende Gedanke, der uns Alle, die wir mit Ernst und Liebe arbeiten, zu einer großen, bleibenden Gemeinschaft verbindet, und worin jeder, auch der geringe, Beytrag des Einzelnen sein dauerndes Leben findet.

Geschrieben im September 1839.

Erstes Buch.
Quellen des heutigen Römischen Rechts.

Erstes Kapitel.
Aufgabe dieses Werks.

§. 1.
Heutiges Römisches Recht.

Der Theil der Rechtswissenschaft, dessen Darstellung in diesem Werk unternommen wird, ist als das heutige Römische Recht bezeichnet worden. Diese besondere Aufgabe soll zunächst genauer, als es in einer bloßen Überschrift geschehen konnte, in folgenden Gegensätzen bestimmt werden.

1. Es ist Römisches Recht, welches in diesem Werk dargestellt werden soll. Zur Aufgabe desselben gehören also nur diejenigen Rechtsinstitute, welche Römischen Ursprung haben, jedoch mit Einschluß ihrer späteren Fortbildung, wenngleich diese auf einen andern als Römischen Ursprung zurück zu führen ist. Ausgeschlossen sind dadurch alle Institute, welchen ein Germanischer Ursprung zugeschrieben werden muß.

2. Es ist heutiges Römisches Recht. Dadurch wird ausgeschlossen: erstens die Geschichte der Rechtsin-

stitute als solche; zweytens jede einzelne, dem früheren Recht angehörende, dem Justinianischen fremde, Bestimmung, da nur diese neueste Gestalt des Römischen Rechts mit unsrem heutigen Rechtszustand in Verbindung getreten ist; drittens jedes Institut, welches zwar dem Justinianischen Recht angehört, aber aus unsrem Rechtszustand verschwunden ist.

3. Nur das Privatrecht gehört zu unsrer Aufgabe, nicht das öffentliche Recht: also dasjenige, was die Römer durch jus civile (in einer der vielen Bedeutungen dieses Ausdrucks) bezeichnen, oder das, was sie zur Zeit der Republik als die ausschließende Kenntniß eines Jurisconsultus, oder die eigentliche jurisprudentia, ansahen (a). Diese Beschränkung ist jedoch zum Theil schon als eine Folge der vorhergehenden anzusehen, indem nur das Privatrecht der Römer im Ganzen ein Stück unsres Rechtszustandes geworden ist. Zwar ist auch das Römische Criminalrecht unsrem Rechtszustand nicht fremd geblieben: allein es ist doch nur theilweise, und ungleich weniger als das Privatrecht, in denselben übergegangen.

(a) So setzt Cicero sich selbst sehr bestimmt den Juristen entgegen, aber er war weit entfernt zu glauben, daß er oder ein anderer Staatsmann weniger als ein Jurist von der Verfassung, vom jus sacrum u. s. w. wissen müsse. Ulpian freilich giebt der jurisprudentia eine viel weitere Ausdehnung (L. 10. §. 2. D. de J. et J.); das liegt aber nicht blos an der Ungenauigkeit seiner Erklärung, noch weniger an einer übertriebenen Erhebung seiner Wissenschaft, sondern an der in seiner Zeit sehr veränderten Stellung des Juristen und des Staatsmanns überhaupt.

4. Endlich nur das System der Rechte selbst, mit Ausschluß des Prozesses, oder der zur Rechtsverfolgung bestimmten Anstalten: also nur dasjenige, was von Vielen das materielle Privatrecht genannt wird. Denn der Prozeß hat sich durch die Mischung historisch verschiedener Quellen auf so eigenthümliche Weise ausgebildet, daß eine abgesonderte Behandlung desselben nothwendig geworden ist, anstatt daß die Römischen Juristen die unmittelbare Verbindung desselben mit der Theorie des materiellen Rechts nicht nur für möglich, sondern für zweckmäßig halten durften. Was nun die Gränze unsrer Aufgabe nach dieser Seite hin betrifft, so ist dieselbe zwar dem Grundsatz nach nicht zweifelhaft, in der Anwendung aber wird sie häufig verkannt, hauptsächlich deshalb, weil ein und dasselbe Institut in der That beiden Gebieten angehören kann. So z. B. gehört das richterliche Urtheil, nach seiner Form und seinen Bedingungen, in den Prozeß: dagegen hat es, sobald es rechtskräftig ist, zweyerley Wirkungen: die aus einer res judicata entspringende actio und exceptio (die in das System der Rechte selbst gehören), und die Execution, die eine reine Prozeßlehre ist.

Werden diese Beschränkungen unter einen gemeinsamen Gesichtspunkt zusammengefaßt, so bestimmen sie das Römische Recht genau in dem Sinn, in welchem es für einen großen Theil von Europa gemeines Recht geworden ist.

§. 2.

Gemeines Recht in Deutschland.

Mit dem im § 1. festgestellten Begriff des heutigen Römischen Rechts ist nahe verwandt der Begriff des in Deutschland geltenden gemeinen Rechts. Dieser steht in Verbindung mit der eigenthümlichen Verfassung des Deutschen Reichs, dessen einzelne Staaten unter der gemeinsamen Staatsgewalt des Reichs vereinigt waren. So stand jeder Theil von Deutschland unter einer zwiefachen Staatsgewalt, und unter dem Einfluß derselben hatte sich überall ein zwiefaches positives Recht gebildet, Territorialrecht und gemeines Recht. Bey der Auflösung des Deutschen Reichs behaupteten nun manche Schriftsteller, daß das gemeine Recht mit seiner Basis, der Reichsstaatsgewalt, auch seine Geltung verloren habe. Diese Meynung, entstanden aus einem Misverständniß über die Natur des positiven Rechts, ist indessen ganz ohne Einfluß auf den wirklichen Rechtszustand geblieben (a).

Es ist nun das hier genannte gemeine Recht kein anderes, als jenes heutige Römische Recht, nur in der besondern Anwendung auf das Deutsche Reich, also mit

(a) Jene gehen von der irrigen Ansicht aus, als müsse mit der Auflösung einer Staatsgewalt auch alles durch sie oder unter ihrem Einfluß Gebildete mit aufhören. Ein ganz ähnlicher Fall findet sich bei der Zerstörung des westlichen Römischen Reiches. Auch hier behaupten Viele, das Römische Recht habe durch die Eroberung verschwinden müssen, und es sey auch wirklich verschwunden. Wenigstens diese factische Behauptung dürfte wohl jetzt nicht leicht mehr Vertheidiger finden.

den dadurch bestimmten besonderen Modificationen. Diese Modificationen aber sind fast nur in den Reichsgesetzen enthalten, und von geringer Erheblichkeit. Denn alle wichtige Abweichungen vom reinen Römischen Recht, wie z. B. die Klagbarkeit aller Verträge ohne Stipulation, die ausgedehntere Wichtigkeit der bona fides, sind niemals dem Deutschen Reich eigenthümlich gewesen, sondern überall gleichmäßig anerkannt worden, so weit im neueren Europa Römisches Recht Anwendung gefunden hat.

Daher wird denn auch eine Darstellung des heutigen Römischen Rechts, wozu dieses Werk zunächst bestimmt ist, nur weniger Zusätze bedürfen, um zugleich als Darstellung des gemeinen Rechts für Deutschland gelten zu können.

§. 3.

Gränzen der Aufgabe.

Durch die festgestellten Gränzen unsrer Aufgabe ist jedes außer derselben liegende Gebiet als ihr fremd bezeichnet. In dieser Beziehung hat die Darstellung zwey entgegengesetzte Fehler zu vermeiden. Der eine besteht in willkührlicher Ueberschreitung derselben, aus Vorliebe bald für ein nahe liegendes Fach überhaupt, bald für eine einzelne derselben angehörende Untersuchung; der andere in ängstlicher Beobachtung der Gränzen, da wo eine Ueberschreitung unvermeidlich ist, wenn nicht die Gründlichkeit der eigenen Forschung oder die Klarheit der Darstellung leiden soll (a). Diese letzte Rücksicht macht zugleich von

(a) So wird es z. B. nöthig, von mancher Lehre auch antiquirte

Seiten des Lesers eine gewisse Duldsamkeit wünschenswerth, da hier das rechte Maaß mehr durch Takt als nach festen Regeln getroffen wird, der subjectiven Ansicht also einiger Spielraum nicht versagt werden kann.

Insbesondere wird aber gar Manches aufzunehmen seyn, was zu den gemeinsamen Grundlehren eines jeden positiven Rechts gehört, also dem Römischen Recht nicht gerade eigenthümlich ist. Für diese Aufnahme spricht nicht blos der bisherige Gebrauch, besonders in den Pandektenvorlesungen der Deutschen Universitäten: nicht blos die besondere Gestalt, die das Römische Recht auch manchem Theil dieser Lehren gegeben, und der Einfluß, den es hierin auf andere Gesetzgebungen ausgeübt hat: sondern vorzüglich die Rücksicht, daß das Römische Recht durch seine Schicksale mehr als jedes andere positive Recht einen allgemeinen Character angenommen hat, welcher sich zu einer befriedigenden Behandlung jener Grundlehren vorzugsweise eignet.

Zweytes Kapitel.

Allgemeine Natur der Rechtsquellen.

§. 4.

Rechtsverhältniß.

Für das heutige Römische Recht haben wir die Grundlage zu suchen in der Feststellung der ihm angehörenden

Theile darzustellen, wegen der dadurch bedingte Verhältniß der nothwendigen Rücksicht auf das Rechtsquellen.

Rechtsquellen. Damit dieses mit Erfolg geschehen könne, ist eine allgemeinere Untersuchung über die Natur der Rechtsquellen überhaupt nöthig.

Betrachten wir den Rechtszustand, so wie er uns im wirklichen Leben von allen Seiten umgiebt und durchdringt, so erscheint uns darin zunächst die der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht, und mit unsrer Einstimmung herrscht. Diese Macht nennen wir ein Recht dieser Person, gleichbedeutend mit Befugniß: Manche nennen es das Recht im subjectiven Sinn. Ein solches Recht erscheint vorzugsweise in sichtbarer Gestalt, wenn es bezweifelt oder bestritten, und nun das Daseyn und der Umfang desselben durch ein richterliches Urtheil anerkannt wird. Allein die genauere Betrachtung überzeugt uns, daß diese logische Form eines Urtheils nur durch das zufällige Bedürfniß hervorgerufen ist, und daß sie das Wesen der Sache nicht erschöpft, sondern selbst einer tieferen Grundlage bedarf. Diese nun finden wir in dem Rechtsverhältniß, von welchem jedes einzelne Recht nur eine besondere, durch Abstraction ausgeschiedene Seite darstellt, so daß selbst das Urtheil über das einzelne Recht nur insofern wahr und überzeugend seyn kann, als es von der Gesammtanschauung des Rechtsverhältnisses ausgeht. Das Rechtsverhältniß aber hat eine organische Natur, und diese offenbart sich theils in dem Zusammenhang seiner sich gegenseitig tragenden und bedingenden Bestandtheile, theils in

der fortschreitenden Entwicklung, die wir in demselben wahrnehmen, in der Art seines Entstehens und Vergehens. Diese lebendige Construction des Rechtsverhältnisses in jedem gegebenen Fall ist das geistige Element der juristischen Praxis, und unterscheidet ihren edlen Beruf von dem bloßen Mechanismus, den so viele Unkundige darin sehen. Damit dieser wichtige Punkt nicht blos im Allgemeinen verstanden werde, sondern auch nach dem ganzen Reichthum seines Inhalts zur Anschauung komme, mag es nicht überflüssig seyn, ihn durch ein Beyspiel zu erläutern. Die berühmte L. Frater a fratre behandelt folgenden Rechtsfall. Zwey Brüder stehen in der Gewalt ihres Vaters. Einer giebt dem Andern ein Darlehen. Der Empfänger zahlt dieses nach des Vaters Tod zurück, und es fragt sich, ob er dieses gezahlte Geld, als irrig gezahlt, wieder fordern könne. Hier hat der Richter lediglich über die Frage zu urtheilen, ob die condictio indebiti begründet ist oder nicht. Aber um dieses zu können, muß ihm die Gesammtanschauung des Rechtsverhältnisses gegenwärtig seyn. Dessen einzelne Elemente waren: die väterliche Gewalt über beide Brüder, ein Darlehen des Einen an den Andern, ein Peculium, welches der Schuldner vom Vater erhalten hatte. Dieses zusammengesetzte Rechtsverhältniß hat sich fortschreitend entwickelt durch des Vaters Tod, dessen Beerbung, die Rückzahlung des Darlehns. Aus diesen Elementen soll das vom Richter begehrte einzelne Urtheil hervorgehen.

§. 5.
Rechtsinstitut.

Das Urtheil über das einzelne Recht ist nur möglich durch Beziehung der besonderen Thatsachen auf eine allgemeine Regel, von welcher die einzelnen Rechte beherrscht werden. Diese Regel nennen wir das Recht schlechthin, oder das allgemeine Recht: Manche nennen sie das Recht im objectiven Sinn. Sie erscheint in sichtbarer Gestalt besonders in dem Gesetz, welches ein Ausspruch der höchsten Gewalt im Staate über die Rechtsregel ist.

So wie aber das Urtheil über einen einzelnen Rechtsstreit nur eine beschränkte und abhängige Natur hat, und erst in der Anschauung des Rechtsverhältnisses seine lebendige Wurzel und seine überzeugende Kraft findet, auf gleiche Weise verhält es sich mit der Rechtsregel. Denn auch die Rechtsregel, so wie deren Ausprägung im Gesetz, hat ihre tiefere Grundlage in der Anschauung des Rechtsinstituts, und auch dessen organische Natur zeigt sich sowohl in dem lebendigen Zusammenhang der Bestandtheile, als in seiner fortschreitenden Entwicklung. Wenn wir also nicht bey der unmittelbaren Erscheinung stehen bleiben, sondern auf das Wesen der Sache eingehen, so erkennen wir, daß in der That jedes Rechtsverhältniß unter einem entsprechenden Rechtsinstitut, als seinem Typus, steht, und von diesem auf gleiche Weise beherrscht wird, wie das einzelne Rechtsurtheil von der

Rechtsregel (a). Ja es ist diese letzte Subsumtion abhängig von jener ersten, durch welche sie selbst erst Wahrheit und Leben erhalten kann. Zur Erläuterung soll auch hier der im vorigen §. angeführte Rechtsfall benutzt werden. Die darauf bezüglichen Rechtsinstitute sind: der Erwerb des Vaters durch die Kinder, das alte Peculium und insbesondere die in demselben geltende deductio, Übergang der Forderungen auf die Erben, Confusion der Forderungen und Schulden, die condictio indebiti. Für die Entwicklung des Gedankens liegt ein natürlicher Unterschied darin, daß wir die Rechtsinstitute zuerst gesondert construiren, und hinterher willkührlich combiniren können, anstatt daß uns das Rechtsverhältniß durch die Lebensereignisse gegeben wird, also unmittelbar in seiner concreten Zusammensetzung und Verwicklung erscheint.

In fernerer Betrachtung aber erkennen wir, daß alle Rechtsinstitute zu einem System verbunden bestehen, und daß sie nur in dem großen Zusammenhang dieses Systems, in welchem wieder dieselbe organische Natur erscheint, vollständig begriffen werden können. So unermeßlich nun der Abstand zwischen einem beschränkten einzelnen Rechtsverhältniß und dem System des positiven Rechts einer Nation seyn mag, so liegt doch die Verschiedenheit nur in den Dimensionen, dem Wesen nach sind sie nicht verschieden, und auch das Verfahren des Geistes,

(a) Vergl. Stahl Philosophie des Rechts II. 1 S. 165. 166

welches zur Erkenntniß des einen und des andern führt, ist wesentlich dasselbe.

Hieraus folgt aber, wie nichtig es ist, wenn in der Rechtswissenschaft sehr häufig Theorie und Praxis als ganz getrennt, ja entgegengesetzt angesehen werden. Verschieden ist in ihnen der äußere Lebensberuf, verschieden die Anwendung der erworbenen Rechtskenntniß: aber die Art und Richtung des Denkens, so wie die Bildung, die dahin führt, haben sie gemein, und es wird das eine und das andere dieser Geschäfte nur von Demjenigen würdig vollbracht werden, welchem das Bewußtseyn jener Identität inwohnt (b).

§. 6.

Begriff der Rechtsquellen.

Wir nennen Rechtsquellen die Entstehungsgründe des allgemeinen Rechts, also sowohl der Rechtsinstitute, als der aus denselben durch Abstraction gebildeten einzelnen Rechtsregeln. Dieser Begriff hat eine zwiefache Verwandtschaft, wodurch es nöthig wird, zweyerley Verwechslungen abzuwehren.

1. Auch die einzelnen Rechtsverhältnisse haben ihre Entstehungsgründe (a), und die Verwandtschaft der Rechts-

(b) Diese Ueberzeugungen sind bey dem Verfasser zuerst durch die genauere Bekanntschaft mit den gerade hierin großen Römischen Juristen entstanden, dann aber hauptsächlich durch die vieljährige Beschäftigung mit der juristischen Praxis entwickelt und befestigt worden.

(a) Die allgemeine Lehre von diesen Entstehungsgründen ist im dritten Kapitel des zweyten Buchs enthalten.

verhältnisse mit den Rechtsinstituten führt leicht zu einer Vermischung derselben mit den Entstehungsgründen der Rechtsregeln. Will man z. B. die Bedingungen irgend eines Rechtsverhältnisses vollständig aufzählen, so gehört dazu unzweifelhaft sowohl das Daseyn einer Rechtsregel, als eine dieser Regel entsprechende Thatsache, also z. B. ein Gesetz, welches die Verträge anerkennt, und ein geschlossener Vertrag selbst. Dennoch sind diese beiden Bedingungen specifisch verschieden, und es führt auf Verwirrung der Begriffe, wenn man Verträge und Gesetze auf Eine Linie als Rechtsquellen stellt (b.).

2. Eine andere, mehr durch den Namen begründete, Verwechslung ist die der Rechtsquellen mit den geschichtlichen Quellen der Rechtswissenschaft. Zu diesen gehören alle Denkmäler, woraus wir die Kenntniß rechtswissenschaftlicher Thatsachen schöpfen. Beide Begriffe sind also von einander ganz unabhängig, und es ist nur zufällig, wenn sie auf irgend einem Punkte zusammentreffen, obgleich dieses Zusammentreffen besonders häufig und wichtig ist. So z. B. gehören Justinians Digesten zu den Quellen in beiden Bedeutungen des Ausdrucks: die Lex

(b) Diese Zusammenstellung findet sich unter andern, der Neuern nicht zu gedenken, in mehreren Stellen des Cicero (s. u. §. 22. Note m.). Wie hier die Verträge mit Unrecht zu den Rechtsquellen hinaufgehoben werden, so werden anderwärts mit umgekehrter Verwirrung die Gesetze in Eine Reihe mit den Entstehungsgründen der Rechtsverhältnisse heruntergezogen, um die falsche Lehre vom Titulus und modus adquirendi zu retten. Höpfner Commentar §. 293. Zu jenem ersten Irrthum hat viel beigetragen der vieldeutige Ausdruck Autonomie.

Voconia gehört zu den Quellen des älteren Rechts, aber, da sie verloren ist, nicht unter die Quellen der Rechtswissenschaft: bey den Stellen alter Geschichtsschreiber oder Dichter, welche juristische Notizen enthalten, tritt der umgekehrte Fall ein. — Es ist jedoch zu bemerken, daß in den allermeisten Fällen, worin wir veranlaßt sind von Rechtsquellen zu reden, beide Bedeutungen des Ausdrucks in der That zusammentreffen, so daß die Gefahr einer Verwirrung der Begriffe durch die Zweydeutigkeit des Ausdrucks nicht groß ist. So z. B. sind die Bestandtheile des Corpus Juris, als Gesetze von Justinian Rechtsquellen für Justinians Reich, kraft ihrer Reception Rechtsquellen für uns, endlich als noch vorhandene Bücher Quellen unsrer Rechtswissenschaft. Eben so sind die Deutschen Rechtsbücher des dreyzehnten und vierzehnten Jahrhunderts Aufzeichnungen von Rechtsgewohnheiten, also von Rechtsquellen, als erhaltene Bücher Quellen der Rechtswissenschaft. Daher gebrauchen auch die meisten Schriftsteller den Ausdruck, ohne ihren Lesern über dessen verschiedene Beziehungen besondere Auskunft zu geben, und sie sind deshalb nicht zu tadeln.

§. 7.

Allgemeine Entstehung des Rechts.

Welches sind nun die Entstehungsgründe des allgemeinen Rechts, oder worin bestehen die Rechtsquellen?

Hierüber könnte man annehmen wollen, das Recht

habe eine ganz verschiedene Entstehung, je nach dem Einfluß des Zufalls, oder auch menschlicher Willkühr, Überlegung und Weisheit. Allein dieser Annahme widerspricht die unzweifelhafte Thatsache, daß überall, wo ein Rechtsverhältniß zur Frage und zum Bewußtseyn kommt, eine Regel für dasselbe längst vorhanden, also jetzt erst zu erfinden weder nöthig noch möglich ist. In Beziehung auf diese Beschaffenheit des allgemeinen Rechts, nach welcher es in jedem gegebenen Zustand, in welchem es gesucht werden kann, als ein gegebenes schon wirkliches Daseyn hat, nennen wir es positives Recht.

Fragen wir ferner nach dem Subject, in welchem und für welches das positive Recht sein Daseyn hat, so finden wir als solches das Volk. In dem gemeinsamen Bewußtseyn des Volkes lebt das positive Recht, und wir haben es daher auch Volksrecht zu nennen. Es ist dieses aber keinesweges so zu denken, als ob es die einzelnen Glieder des Volkes wären, durch deren Willkühr das Recht hervorgebracht würde; denn diese Willkühr der Einzelnen könnte vielleicht zufällig dasselbe Recht, vielleicht aber, und wahrscheinlicher, ein sehr mannichfaltiges erwählen. Vielmehr ist es der in allen Einzelnen gemeinschaftlich lebende und wirkende Volksgeist, der das positive Recht erzeugt, das also für das Bewußtseyn jedes Einzelnen, nicht zufällig sondern nothwendig, ein und dasselbe Recht ist. Indem wir also eine unsichtbare Entstehung des positiven Rechts annehmen, müssen wir schon deshalb auf

jeden urkundlichen Beweis derselben verzichten. Allein dieser Mangel ist unsrer Ansicht von jener Entstehung mit jeder anderen Ansicht gemein, da wir in allen Völkern, welche jemals in die Gränzen urkundlicher Geschichte eingetreten sind, ein positives Recht schon vorfinden, dessen ursprüngliche Erzeugung also außer jenen Gränzen liegen muß. Allein an Beweisen anderer Art, wie sie der besondern Natur des Gegenstandes angemessen sind, fehlt es nicht. Ein solcher Beweis liegt in der allgemeinen, gleichförmigen Anerkennung des positiven Rechts, und in dem Gefühl innerer Nothwendigkeit, wovon die Vorstellung desselben begleitet ist. Dieses Gefühl spricht sich am bestimmtesten aus in der uralten Behauptung eines göttlichen Ursprungs des Rechts oder der Gesetze; denn ein entschiednerer Gegensatz gegen die Entstehung durch Zufall oder menschliche Willkühr läßt sich nicht denken. Ein zweyter Beweis liegt in der Analogie anderer Eigenthümlichkeiten der Völker, die eine eben so unsichtbare, über die urkundliche Geschichte hinaufreichende Entstehung haben, wie z. B. die Sitte des geselligen Lebens, vor allen aber die Sprache. Bey dieser nun findet sich dieselbe Unabhängigkeit von Zufall und freyer Wahl der Einzelnen, also dieselbe Erzeugung aus der Thätigkeit des in allen Einzelnen gemeinsam wirkenden Volksgeistes; bey ihr aber ist dieses Alles durch ihre sinnliche Natur anschaulicher und unverkennbarer als bey dem Recht. Ja es wird die individuelle Natur der einzelnen Völker lediglich

durch jene gemeinsamen Richtungen und Thätigkeiten bestimmt und erkannt, unter welchen die Sprache, als die sichtbarste, die erste Stelle einnimmt.

Die Gestalt aber, in welcher das Recht in dem gemeinsamen Bewußtseyn des Volks lebt, ist nicht die der abstracten Regel, sondern die lebendige Anschauung der Rechtsinstitute in ihrem organischen Zusammenhang, so daß, wo das Bedürfniß entsteht, sich der Regel in ihrer logischen Form bewußt zu werden, diese erst durch einen künstlichen Prozeß aus jener Totalanschauung gebildet werden muß. Jene Gestalt offenbart sich durch die symbolischen Handlungen, die das Wesen der Rechtsverhältnisse bildlich darstellen, und in welchen sich die ursprünglichen Volksrechte meist deutlicher und gründlicher aussprechen, als in den Gesetzen.

Bey dieser Annahme von der Entstehung des positiven Rechts wurde zunächst noch abgesehen von dem in der Zeit fortgehenden Leben der Völker. Betrachten wir nun auch dessen Einwirkung auf das Recht, so werden wir ihm vor Allem eine befestigende Kraft zuerkennen müssen: je länger die Rechtsüberzeugungen in dem Volk leben, desto tiefer werden sie in ihm wurzeln. Ferner wird sich das Recht durch die Übung entfalten, und was ursprünglich blos im Keim vorhanden war, wird durch die Anwendung in bestimmter Gestalt zum Bewußtseyn kommen. Aber auch Veränderung des Rechts wird auf diesem Wege erzeugt werden. Denn wie in dem Leben des einzelnen

Menschen kein Augenblick eines vollkommnen Stillstandes wahrgenommen wird, sondern stete organische Entwicklung, so verhält es sich auch in dem Leben der Völker, und in jedem einzelnen Element, woraus dieses Gesammtleben besteht. So finden wir in der Sprache stete Fortbildung und Entwicklung, und auf gleiche Weise in dem Recht. Und auch diese Fortbildung steht unter demselben Gesetz der Erzeugung aus innerer Kraft und Nothwendigkeit, unabhängig von Zufall und individueller Willkühr, wie die ursprüngliche Entstehung. Allein das Volk erfährt in diesem natürlichen Entwicklungsprozeß nicht blos eine Veränderung überhaupt, sondern auch in einer bestimmten, regelmäßigen Folge der Zustände, und unter diesen Zuständen hat ein jeder sein eigenthümliches Verhältniß zu der besonderen Äußerung des Volksgeistes, wodurch das Recht erzeugt wird. Am freyesten und kräftigsten erscheint diese in der Jugendzeit der Völker, in welcher der Nationalzusammenhang noch inniger, das Bewußtseyn desselben allgemeiner verbreitet, und weniger durch Verschiedenheit der individuellen Ausbildung verdeckt ist. In demselben Maaße aber, in welchem die Bildung der Individuen ungleichartiger und vorherrschender wird, und in welchem eine schärfere Sonderung der Beschäftigungen, der Kenntnisse und der dadurch bedingten Stände eintritt, wird auch die Rechtserzeugung, die auf der Gemeinschaft des Bewußtseyns beruhte, schwieriger werden; ja sie würde endlich fast ganz verschwinden, wenn sich nicht dafür, durch

den Einfluß derselben neuen Zustände, wiederum eigene Organe bildeten, die Gesetzgebung und die Rechtswissenschaft, deren Natur sogleich dargestellt werden wird.

Diese Fortbildung des Rechts kann übrigens ein ganz verschiedenes Verhältniß zu dem ursprünglich vorhandenen Recht haben. Es können durch sie neue Rechtsinstitute erzeugt, oder auch die vorhandenen umgestaltet werden: ja es können diese durch sie ganz verschwinden, wenn sie dem Sinn und Bedürfniß der Zeit fremd geworden sind.

§. 8.

Volk.

Die Rechtserzeugung ist hier vorläufig in das Volk, als das thätige, persönliche Subject, gesetzt worden. Die Natur dieses Subjects soll nunmehr genauer bestimmt werden.

Wenn wir in der Betrachtung des Rechtsverhältnisses von allem besonderen Inhalt desselben abstrahiren, so bleibt uns als allgemeines Wesen desselben übrig, das auf bestimmte Weise geregelte Zusammenleben mehrerer Menschen. Es liegt nun sehr nahe, bei diesem abstracten Begriff einer Mehrheit überhaupt stehen zu bleiben, und das Recht als eine Erfindung derselben zu denken, ohne welche die äußere Freiheit keines Einzelnen bestehen könnte. Allein ein solches zufälliges Zusammentreffen einer unbestimmten Menge ist eine willkührliche, aller Wahrheit ermangelnde Vorstellung: und fände sie sich wirklich so zusammen, so würde

ihr unfehlbar die Fähigkeit der Rechtserzeugung mangeln, da mit dem Bedürfniß nicht zugleich die Kraft der Befriedigung gegeben ist. In der That aber finden wir überall, wo Menschen zusammen leben, und so weit die Geschichte davon Kunde giebt, daß sie in einer geistigen Gemeinschaft stehen, die sich durch den Gebrauch derselben Sprache sowohl kund giebt, als befestigt und ausbildet. In diesem Naturganzen ist der Sitz der Rechtserzeugung, denn in dem gemeinsamen, die Einzelnen durchdringenden Volksgeist findet sich die Kraft, das oben anerkannte Bedürfniß zu befriedigen.

Die Gränzen aber dieser Völkerindividuen sind allerdings unbestimmt und schwankend, und dieser zweifelhafte Zustand offenbart sich auch in der Einheit oder Verschiedenheit des in ihnen erzeugten Rechts. So kann es bei verwandten Volksstämmen ungewiß erscheinen, ob sie uns als Ein Volk oder als mehrere gelten sollen: gleicherweise finden wir auch oft in ihrem Recht zwar nicht gänzliche Übereinstimmung, wohl aber Verwandtschaft.

Allein auch da, wo die Einheit eines Volkes unzweifelhaft ist, finden sich innerhalb der Gränzen desselben oft engere Kreise, die durch einen besonderen Zusammenhang, noch neben dem allgemeinen des Volkes, vereinigt sind, wie Städte und Dörfer, Innungen, Corporationen aller Art, welche insgesammt volksmäßige Abtheilungen des Ganzen bilden. Auch in diesen wiederum kann eine eigenthümliche Rechtserzeugung ihren Sitz haben als parti-

culäres Recht, neben dem gemeinsamen Volksrecht, welches dadurch auf manchen Seiten ergänzt oder umgebildet wird (a).

Wenn wir aber das Volk als eine natürliche Einheit, und insofern als den Träger des positiven Rechts betrachten, so dürfen wir dabei nicht blos an die darin gleichzeitig enthaltenen Einzelnen denken; vielmehr geht jene Einheit durch die einander ablösenden Geschlechter hindurch, verbindet also die Gegenwart mit der Vergangenheit und der Zukunft. Diese stete Erhaltung des Rechts wird bewirkt durch Tradition, und diese ist bedingt und begründet durch den nicht plötzlichen, sondern ganz allmäligen Wechsel der Generationen. Die hier behauptete Unabhängigkeit des Rechts von dem Leben der gegenwärtigen Volksglieder gilt zunächst von der unveränderten Fortdauer der Rechtsregeln: eben so aber ist sie auch die Grundlage der allmäligen Fortbildung des Rechts (§ 7.), und in dieser Beziehung müssen wir ihr eine vorzügliche Wichtigkeit zuschreiben.

Diese Ansicht, welche das individuelle Volk als Erzeuger und Träger des positiven oder wirklichen Rechts anerkennt, dürfte Manchen zu beschränkt erscheinen, welche geneigt seyn möchten, vielmehr dem gemeinsamen Menschengeist, als dem individuellen Volksgeist, jene Erzeugung zuzuschreiben. In genauerer Betrachtung aber erscheinen

(a) So kamen in Rom uralte Gewohnheitsrechte einzelner gentes vor. Dirksen civil. Abhandlungen B. 2. S. 90.

beide Ansichten gar nicht als widerstreitend. Was in dem einzelnen Volk wirkt, ist nur der allgemeine Menschengeist, der sich in ihm auf individuelle Weise offenbart. Allein die Erzeugung des Rechts ist eine That, und eine gemeinschaftliche That. Diese ist nur denkbar für diejenigen, unter welchen eine Gemeinschaft des Denkens und Thuns nicht nur möglich, sondern auch wirklich ist. Da nun eine solche Gemeinschaft nur innerhalb der Gränzen des einzelnen Volkes vorhanden ist, so kann auch nur hier das wirkliche Recht hervorgebracht werden, obgleich in der Erzeugung desselben die Äußerung eines allgemein menschlichen Bildungstriebes wahrzunehmen ist, also nicht etwa die eigenthümliche Willkühr mancher besonderen Völker, wovon in andern Völkern vielleicht keine Spur angetroffen werden könnte. Nur darin findet sich eine Verschiedenheit, daß dieses Erzeugniß des Volksgeistes bald dem einzelnen Volke ganz eigenthümlich, bald aber in mehreren Völkern gleichmäßig vorkommend ist. Wie die Römer diese allgemeinere Grundlage des Volksrechts als Jus gentium aufgefaßt haben, wird unten gezeigt werden (§ 22.).

§. 9.

Staat, Staatsrecht, Privatrecht, Öffentliches Recht.

Das Volk, dem wir als einem unsichtbaren Naturganzen unbestimmte Gränzen zuschreiben mußten, besteht jedoch nirgend und in keiner Zeit auf diese abstracte Weise. Vielmehr wirkt in ihm ein unaufhaltsamer Trieb, die



unsichtbare Einheit in sichtbarer und organischer Erscheinung zu offenbaren. Diese leibliche Gestalt der geistigen Volksgemeinschaft ist der Staat, und mit ihm sind zugleich scharf bestimmte Gränzen der Einheit gegeben.

Fragen wir nun nach der Entstehung des Staates, so müssen wir dieselbe eben so in eine höhere Nothwendigkeit, in eine von innen heraus bildende Kraft setzen, wie es oben von dem Recht überhaupt gesagt worden ist; und zwar gilt dieses nicht blos von dem Daseyn eines Staates überhaupt, sondern auch von der eigenthümlichen Gestalt, welche der Staat in jedem Volke an sich trägt. Denn auch die Erzeugung des Staates ist eine Art der Rechtserzeugung, ja sie ist die höchste Stufe der Rechtserzeugung überhaupt.

Übersehen wir von dem nun gewonnenen Standpunkt aus das gesammte Recht, so unterscheiden wir in demselben zwey Gebiete, das Staatsrecht und das Privatrecht. Das erste hat zum Gegenstand den Staat, das heißt die organische Erscheinung des Volks: das zweyte die Gesammtheit der Rechtsverhältnisse, welche den einzelnen Menschen umgeben, damit er in ihnen sein inneres Leben führe und zu einer bestimmten Gestalt bilde (a). Nicht als ob es, wenn wir diese beiden Rechtsgebiete vergleichen, an Übergängen und Verwandtschaften fehlte.

(a) *L.* 1. *de J. et J.* (I. 1.). Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem. Sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Vgl. *L.* 2. § 46. *de orig. jur.* (I. 2.).

Denn die Familie hat in ihrer dauernden Gliederung, so wie in dem Verhältniß des Regierens und des Gehorchens, unverkennbare Ähnlichkeit mit dem Staate: und eben so treten die Gemeinden, die doch wahre Bestandtheile des Staates sind (§ 86), nahe an das Verhältniß der Einzelnen heran. Dennoch bleibt zwischen beiden Gebieten ein fest bestimmter Gegensatz darin, daß in dem öffentlichen Recht das Ganze als Zweck, der Einzelne als untergeordnet erscheint, anstatt daß in dem Privatrecht der einzelne Mensch für sich Zweck ist, und jedes Rechtsverhältniß sich nur als Mittel auf sein Daseyn oder seine besonderen Zustände bezieht.

Allein der Staat hat zugleich den mannichfaltigsten Einfluß auf das Privatrecht, und zwar zunächst auf die Realität des Daseyns desselben. Denn in ihm zuerst erhält das Volk wahre Persönlichkeit, also die Fähigkeit zu handeln. Wenn wir also außer demselben dem Privatrecht nur ein unsichtbares Daseyn, in übereinstimmenden Gefühlen, Gedanken und Sitten zuschreiben können, so erhält es im Staat, durch Aufstellung des Richteramtes, Leben und Wirklichkeit. Das hat jedoch nicht den Sinn, daß in dem Leben der Völker in der That eine Zeit vor Erfindung des Staats vorkäme, worin das Privatrecht diese unvollkommene Natur hätte (Naturzustand). Vielmehr wird jedes Volk, sobald es als solches erscheint, zugleich als Staat erscheinen, wie auch dieser gestaltet seyn möge. Jene Behauptung also sollte blos gelten von demjenigen

Zustand des Volkes, welcher uns in Gedanken übrig bleibt, wenn wir von seiner Eigenschaft als Staat künstlich abstrahiren. — Hierin erhält zugleich das Verhältniß der Einzelnen zu dem allgemeinen Recht seine Realität und Vollendung. Das Recht hat sein Daseyn in dem gemeinsamen Volksgeist (§ 7. 8.), also in dem Gesammtwillen, der insofern auch der Wille jedes Einzelnen ist. Allein der Einzelne kann sich, vermöge seiner Freiheit, durch Das was er für sich will, gegen Das auflehnen, was er als Glied des Ganzen denkt und will. Dieser Widerspruch ist das Unrecht, oder die Rechtsverletzung, welche vernichtet werden muß, wenn das Recht bestehen und herrschen soll. Soll aber diese Vernichtung vom Zufall unabhängig werden, und eine regelmäßige Sicherheit erhalten, so ist das nur im Staate möglich. Denn hier allein kann dem Einzelnen die Rechtsregel als ein Aeußeres und Objectives gegenüber stehen. Und in diesem neuen Verhältniß erscheint die des Unrechts fähige individuelle Freiheit als von dem Gesammtwillen gebunden und in ihm untergehend.

Außerdem aber hat der Staat auch den entschiedensten Einfluß auf die Rechtserzeugung im Privatrecht: nicht nur auf dessen Inhalt, wovon noch weiter die Rede seyn wird, sondern auch auf die Gränzen der Rechtserzeugung, indem die Volksgemeinschaft innerhalb desselben Staats inniger und wirksamer, in verschiedenen Staaten dagegen, auch bei Stammesverwandtschaft, entfernter und auf vielfache Weise gehemmt seyn muß. Eben so wird die Entstehung

eines particulären Volksrechts (§ 8) durch die Einheit des Staats zwar nicht ausgeschlossen, aber doch insofern beschränkt, als dadurch jene wesentliche Einheit nicht gefährdet werden darf. Nur würde es irrig seyn, in dieser Hinsicht den Einfluß des Staates, in Vergleichung mit anderen Verhältnissen, zu hoch anzuschlagen, oder gar als ausschließenden Bestimmungsgrund zu denken. So bestanden im Mittelalter, nach der Zerstörung des weströmischen Reichs, mehrere Germanische Staaten mit theils Germanischen, theils Römischen Unterthanen; hier hatten die Römischen Unterthanen des einen Staates mit denen der andern dasselbe Römische Recht: die Germanischen Unterthanen der verschiedenen Staaten hatten wenigstens verwandtes Recht, und diese mehr oder weniger vollständige Rechtsgemeinschaft wurde durch die Gränzen der Staaten nicht gestört.

Um die hier aufgestellte Klassification der innerhalb des Staates geltenden Rechte gegen den Vorwurf der Unvollständigkeit zu sichern, ist jedoch noch folgende Ergänzung nöthig. Ich will nicht den Staat auf die Zwecke des Rechts beschränken, ja die Theorie soll sich überhaupt nicht anmaaßen, die Freyheit individueller Entwicklung durch Aufstellung ausschließender Zwecke der Thätigkeit des Staats begränzen zu wollen. Dennoch ist seine erste und unabweislichste Aufgabe die Idee des Rechts in der sichtbaren Welt herrschend zu machen. Dazu nun führt eine zwiefache Thätigkeit des Staats. Erstlich hat der-

selbe dem Einzelnen, der in seinem Recht verletzt wird, Schutz zu gewähren gegen diese Verletzung; die Regeln, unter welchen diese Thätigkeit steht, nennen wir den Civilprozeß. Zweytens hat er das verletzte Recht an sich zu vertreten und wiederherzustellen, ohne Rücksicht auf das individuelle Interesse. Dieses geschieht durch die Strafe, durch welche der menschliche Wille, im beschränkteren Gebiet des Rechts, das in der höheren Weltordnung waltende Gesetz sittlicher Vergeltung nachbildet (b). Die Regeln, unter welchen diese Thätigkeit steht, nennen wir das Criminalrecht, von welchem der Criminalprozeß nur einen Theil bildet (c). Civilprozeß, Criminalrecht und Criminalprozeß, sind demnach Theile des Staatsrechts, und wurden bey den Römern auch so angesehen. Daß uns in neueren Zeiten diese Auffassung fremder geworden ist, hat seinen Grund in folgenden Umständen. Die Handhabung des Criminalrechts ist oft an dieselben Richterbehörden, wie der Schutz des Privatrechts, gewiesen wor-

(b) Insoweit kann man sagen, daß die allgemeine sittliche Ordnung der Vergeltung, in einer beschränkten Weise, die Natur einer Rechtsanstalt annimmt, und als solche vom Staate in Ausführung zu bringen ist. Vergl. Hegel Naturrecht §. 102. 103. 220. Klenze Lehrbuch des Strafrechts S. X—XVII.

(c) Es hängt von dem positiven Recht eines jeden Staates ab, wie weit der Staat dieses Recht unmittelbar ausüben, oder die Ausübung desselben den verletzten Einzelnen, noch neben der Verfolgung ihrer eigenen Rechte, überlassen will. Diese letzte Behandlung liegt den Römischen Privatstrafen zum Grunde. Eine vollständigere Ausbildung der Staatsgewalt wird überall dahin führen, diesen letzten Weg zu verlassen.

den, und daher hat auch die Behandlung beider Gegenstände eine ähnlichere Gestalt angenommen. In dem Civilprozeß ist aber die Thätigkeit des Staats mit den Rechten der Einzelnen so verwebt, daß eine vollständige Trennung praktisch nicht ausführbar ist. Dennoch kann dadurch das hier angegebene innere Wesen dieser Rechtsdisciplinen nicht umgeändert werden. Um nun auf der einen Seite diesem Wesen der Sache, auf der andern Seite jenen mehr praktischen Beziehungen, ihre Anerkennung zu verschaffen, erscheint es, wie es nicht ungewöhnlich ist, so auch zweckmäßig, neben dem Namen des Staatsrechts noch den allgemeineren Namen des öffentlichen Rechts zu gebrauchen, unter welchem der Civilprozeß und das Criminalrecht mitbegriffen sind. Diese Bezeichnung soll hier ferner angewendet werden.

Eine andere Bewandniß hat es mit dem Kirchenrecht. Vom rein weltlichen Standpunkt aus erscheint die Kirche wie jede andere Gesellschaft, und so wie andere Corporationen theils im Staatsrecht, theils im Privatrecht, ihre abhängige, untergeordnete Stellung erhalten, könnte man eine solche auch der Kirche anweisen wollen. Ihre, das innerste Wesen des Menschen beherrschende, Wichtigkeit läßt jedoch diese Behandlung nicht zu. In verschiedenen Zeiten der Weltgeschichte hat daher die Kirche und das Kirchenrecht eine sehr verschiedene Stellung gegen den Staat angenommen. Bey den Römern war das jus sacrum ein Stück des Staatsrechts, und

der Staatsgewalt untergeordnet (a). Die weltumfassende Natur des Christenthums schließt diese rein nationelle Behandlung aus. Im Mittelalter versuchte die Kirche, die Staaten selbst sich unterzuordnen und zu beherrschen. Wir können die verschiedenen christlichen Kirchen nur betrachten als neben dem Staate, aber in mannichfaltiger und inniger Berührung mit demselben, stehend. Daher ist uns das Kirchenrecht ein für sich bestehendes Rechtsgebiet, das weder dem öffentlichen noch dem Privatrecht untergeordnet werden darf.

§. 10.

Abweichende Meynungen über den Staat.

Es fehlt aber viel, daß die hier aufgestellte Ansicht von der Entstehung und dem Wesen des Staats allgemein Anerkennung fände.

Zuvörderst ist es auch hier wieder der unbestimmte Begriff einer Menge überhaupt, abstrahirt von der Volkseinheit, welcher häufig als Subject des Staats gedacht wird. Dieser Behauptung aber widerspricht vor Allem die Thatsache, daß es zu allen Zeiten Völker waren, welche in der organischen Gestalt von Staaten aufgetreten sind, und wo auch der Versuch im Großen gemacht worden ist, Massen von Menschen ohne Rücksicht auf gänzliche Stammverschiedenheit willkührlich zusammen zu bringen, wie in den Amerikanischen Sklavenstaaten, da ist der Erfolg sehr unglücklich gewesen, und es haben sich der Staatenbildung

(a) *L.* 1. §. 2. *de just. et jure* (I. 1.).

unübersteigliche Hindernisse in den Weg gestellt. Im Widerspruch mit dieser Ansicht also müssen wir wiederholt behaupten, daß der Staat ursprünglich und naturgemäß in einem Volk, durch das Volk, und für das Volk entsteht.

Ferner ist es eine höchst verbreitete Ansicht, nach welcher die Staaten durch Willkühr der Einzelnen, also durch Vertrag, entstanden seyn sollen, welche Ansicht in ihrer Entwicklung auf eben so verderbliche als verkehrte Folgen geführt hat. Man nimmt dabei an, die Einzelnen, die es eben vortheilhaft fanden, gerade diesen Staat zu gründen, hätten eben so gut ganz ohne Staat bleiben, oder sich so oder anders zu einem Staat mischen oder begränzen, oder endlich jede andere Verfassung wählen können. Dabey wird also nicht nur abermals die in dem Volk enthaltene Natureinheit, so wie die innere Nothwendigkeit übersehen, sondern vorzüglich auch der Umstand, daß wo nur irgend eine solche Ueberlegung möglich ist, unfehlbar schon ein wirklicher Staat, als Thatsache und als Recht, besteht, so daß niemals, wie Jene wollen, von der willkührlichen Erfindung des Staats, sondern höchstens von dessen Zerstörung die Rede seyn kann. Zwey Mißverständnisse haben diesen Irrthum besonders befördert. Zuvörderst die Wahrnehmung der großen Mannichfaltigkeit in der Staatenbildung, das heißt des historischen und individuellen Elements der Staaten, welches man mit der freyen Wahl und Willkühr der Einzelnen verwechselt hat. Dann auch

die stete, oft unbewußte Verwechslung der ganz verschiedenen Begriffe, die mit dem gemeinsamen Namen Volk bezeichnet werden. Dieser Name bezeichnet nämlich

1. das Naturganze, in welchem wirklich der Staat entsteht und fortwährend sein Daseyn führt, und bey welchem von Wahl und Willkühr nicht die Rede seyn kann;

2. die Gesammtheit aller in einem Staate gleichzeitig lebenden Individuen;

3. eben dieselben Individuen mit Abzug der Regierung, also die Gehorchenden im Gegensatz der Herrschenden;

4. in republikanischen Staaten, wie in Rom, diejenige organisirte Versammlung Einzelner, in welcher nach der Verfassung die höchste Gewalt wirklich beruht. Diejenigen nun, bei welchen auf eine verworrene Weise alle diese Begriffe durcheinander liefen, wurden dadurch verleitet, das ideale Recht des Volks als Naturganzen (1), und das historische Recht des Römischen populus (4), auf die Gesammtheit der Unterthanen (3) zu übertragen, und so, mit Umkehrung aller Wahrheit, die Herrschaft den von Rechtswegen Gehorchenden beyzulegen. Aber selbst wenn man nicht diesen äußersten Schritt thut, sondern Recht und Macht in der Gesammtheit aller jetzt lebenden Einzelnen, also mit Einschluß der Regierenden (2) beruhen läßt, so ist damit nur wenig gebessert. Vor Allem weil die Einzelnen nicht als solche, und nach ihrer Kopfzahl, sondern nur in ihrer verfassungsmäßigen Gliederung den Staat ausmachen. Dann weil die Einzelnen niemals in

ihrer Totalität, sondern immer nur in einem mäßigen Auszug, wollen und handeln können, so daß in Ansehung der Mehrzahl (der Frauen und der Minderjährigen) nur die Zuflucht zu der leeren Fiction einer Vertretung übrig bleibt. Endlich weil selbst die Totalität der Einzelnen doch nur die des gegenwärtigen Augenblickes seyn würde, anstatt daß das ideale Volk, wovon hier die Rede ist, auch die ganze Zukunft in sich schließt, also ein unvergängliches Daseyn hat (§ 8).

Dennoch ist in den hier bestrittenen Ansichten ein wahres Element enthalten. Allerdings kann auf die Bildung der Staaten Zufall und Willkühr großen Einfluß ausüben, und besonders wird die Begränzung derselben durch Eroberung und Zerstückelung oft sehr abweichend von den natürlichen, durch Volkseinheit angegebenen Gränzen bestimmt. Umgekehrt kann oft ein fremdartiges Element dem Staat völlig assimilirt werden; nur hat die Möglichkeit einer solchen Assimilation ihre Bedingungen und ihre Stufen, wie sie denn besonders durch einige Verwandtschaft des neuen Elements, so wie durch die innere Vollkommenheit des aufnehmenden Staates gefördert wird. Allein alle solche Ereignisse, wie häufig sie auch in der Geschichte vorkommen mögen, sind doch nur Anomalien. Das Volk bleibt darum nicht minder die natürliche Basis des Staats, und die Bildung durch inwohnende Kraft seine naturgemäße Entstehung. Tritt nun ein fremdartiges historisches Moment in diesen natürlichen Bildungsprozeß ein, so kann

dasselbe durch die sittliche Kraft und Gesundheit des Volkes überwunden und verarbeitet werden; gelingt diese Verarbeitung nicht, so wird ein krankhafter Zustand daraus hervorgehen. Auf diese Weise erklärt es sich, wie das, was ursprünglich Gewalt und Unrecht war, allmälig durch die dem Rechtszustand inwohnende Anziehungskraft dergestalt umgebildet werden kann, daß es in denselben als neuer, rechtmäßiger Bestandtheil übergeht. Ganz verwerflich aber, ja abentheuerlich ist es, wenn man versucht hat, solche störende und die sittliche Kraft prüfende Anomalien als die wahre Entstehung der Staaten darzustellen, und darin die einzig mögliche Rettung zu suchen vor der gefährlichen Lehre, welche die Staaten durch den willkührlichen Vertrag ihrer einzelnen Mitglieder entstehen läßt (a). Bey diesem Rettungsversuch ist es schwer zu sagen, welches von beiden bedenklicher ist, die Krankheit oder das Heilmittel.

§. 11.

Völkerrecht.

Betrachten wir weiter das Verhältniß mehrerer neben einander bestehender Völker und Staaten, so erscheint uns dasselbe zunächst ähnlich dem Verhältniß einzelner Menschen, die durch Zufall zusammen geführt werden, ohne durch Volksgemeinschaft verbunden zu seyn. Ist Jeder derselben ein wohlgesinnter und gebildeter Mensch, so werden sie das Rechtsbewußtseyn, welches Jedem aus

(a) Haller Restauration der Staatswissenschaft.

seinen früheren Verhältnissen inwohnt, auf ihre zufällige Nähe anwenden, und sich so durch Willkühr einen Rechtszustand einrichten, der unfehlbar mehr oder weniger ein nachgeahmter, also übertragener, seyn wird. Eben so können mehrere unabhängige Staaten das, was einem Jeden als Recht inwohnt, auf ihr gegenseitiges Verhältniß willkührlich anwenden, so weit es dahin paßt, und so weit sie es vortheilhaft finden: allein auf diesem Wege entsteht noch kein Recht. Indessen kann auch unter verschiedenen Völkern eine ähnliche Gemeinschaft des Rechtsbewußtseyns entstehen, wie sie in Einem Volk das positive Recht erzeugt. Die Grundlage dieser geistigen Gemeinschaft wird theils in einer Stammesverwandtschaft bestehen, theils und vorzüglich in gemeinsamen religiösen Überzeugungen. Darauf gründet sich das **Völkerrecht**, welches namentlich unter den christlich-Europäischen Staaten besteht, aber auch den alten Völkern nicht fremd war, wie es z. B. bey den Römern als jus feciale vorkommt. Auch dieses dürfen wir als positives Recht betrachten, jedoch aus zwey Gründen nur als eine unvollendete Rechtsbildung: erstlich wegen der Unvollständigkeit eines irgend sicheren Inhalts, und zweytens, weil ihm diejenige reale Grundlage fehlt, die dem Recht der einzelnen Glieder desselben Volks in der Staatsgewalt, und namentlich in dem Richteramt, gegeben ist (§ 9).

Indessen führt die fortschreitende sittliche Bildung, wie sie das Christenthum begründet, jedes Volk dahin, ein Analogon jenes positiven Völkerrechts selbst auf solche

völlig fremde Völker anzuwenden, von welchen diese Gesinnung nicht getheilt und dieses Verfahren nicht erwiedert wird. Eine solche Anwendung aber hat einen rein sittlichen Character, und nicht die Natur eines positiven Rechts.

§. 12.

Gewohnheitsrecht.

G. F. Puchta das Gewohnheitsrecht B. 1. 2. Erlangen 1828. 1837. 8.

Die hier unter dem Namen des Volksrechts dargestellte Rechtserzeugung, die auf unsichtbare Weise vor sich geht, und also nicht auf eine äußere Begebenheit und auf einen bestimmten Zeitpunkt zurückgeführt werden kann, ist zwar zu allen Zeiten anerkannt worden, aber diese Anerkennung ist meist aus zwey Ursachen unfruchtbar geblieben: indem man ihr eine zu beschränkte Stellung anwies, und indem man ihr Wesen unrichtig auffaßte. Das erste kann erst unten, in Verbindung mit der Gesetzgebung, klar gemacht werden: das zweyte steht in Verbindung mit dem dabey üblichen Namen des Gewohnheitsrechts.

Dieser Name konnte leicht zu folgender Gedankengenealogie verleiten. Wenn in einem Rechtsverhältniß irgend Etwas geschehen mußte, so war es ursprünglich ganz gleichgültig, was geschah; Zufall und Willkühr bestimmte irgend eine Entscheidung. Kam nun derselbe Fall abermals vor, so war es bequemer, dieselbe Entscheidung zu wiederholen, als sich auf eine neue zu besinnen, und mit jeder neuen Wiederholung mußte dieses Verfahren noch

bequemer und natürlicher erscheinen. So wurde nach einiger Zeit eine solche Regel zum Recht, die ursprünglich nicht mehr Anspruch auf Geltung hatte, als die entgegengesetzte Regel, und der Entstehungsgrund dieses Rechts war allein die Gewohnheit.

Sieht man nun auf die eigentlichen Grundlagen eines jeden positiven Rechts, auf den festen Kern desselben, so wird in jener Ansicht das wahre Verhältniß von Ursache und Wirkung gerade umgekehrt. Jene Grundlage hat ihr Daseyn, ihre Wirklichkeit, in dem gemeinsamen Bewußtseyn des Volks. Dieses Daseyn ist ein unsichtbares, durch welches Mittel also können wir es erkennen? Wir erkennen es, indem es sich in äußeren Handlungen offenbart, indem es in Übung, Sitte, Gewohnheit heraustritt: an der Gleichförmigkeit einer fortgesetzten, also dauernden Handlungsweise erkennen wir seine gemeinsame, dem bloßen Zufall entgegengesetzte Wurzel, den Volksglauben. So ist also die Gewohnheit das Kennzeichen des positiven Rechts, nicht dessen Entstehungsgrund. Dennoch hat auch jener Irrthum, welcher die Gewohnheit zum Entstehungsgrund macht, einen wahren Bestandtheil, der nur auf sein rechtes Maaß zurückgeführt werden muß. Es giebt nämlich außer jenen im Volksbewußtseyn allgemein anerkannten und unzweifelhaften Grundlagen des positiven Rechts gar manche in's Einzelne gehende Bestimmungen, welche an sich ein weniger sicheres Daseyn haben; sie können ein solches dadurch erlangen, daß sie durch öftere Übung dem

3 *

Volk selbst zu bestimmterem Bewußtseyn gebracht werden (a). Solche Fälle werden häufiger vorkommen in dem Maaße, als gerade bey diesem Volk die rechtsbildende Kraft nicht zu den hervorstechenden Seiten seines Wesens gehört. Außerdem liegt auch in der Natur vieler Bestimmungen eine relative Gleichgültigkeit: es kommt bey ihnen nur darauf an, daß irgend eine feste Regel gelte und als geltend bekannt sey, welche es auch sey. Dahin gehören die vielen Fälle, in welchen die Rechtsregel irgend eine Zahl in sich schließt, und wobey innerhalb gewisser Extreme stets ein großer Spielraum der Willkühr übrig bleibt, wie bey den Verjährungszeiten; eben so die Rechtsregeln, die blos die äußere Form eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand haben. In allen Fällen dieser Art werden wir, mit unsrem früheren Denken und Wollen, eine Autorität für uns selbst in jeder späteren Anwendung, und so kann allerdings die Gewohnheit als solche auf die Rechtsbildung Einfluß haben. Es wirkt hier das Gesetz der Continuität menschlicher Gesinnungen, Handlungen und Zustände: ein Gesetz, welches auch in manchen einzelnen Rechtsinstituten von ausgedehntem Einfluß ist (b). Diese Annahme einer

(a) Puchta II. S. 8. 9.: „auch für das Volk, aus dessen Rechtsansichten sie hervorgeht, dient die Übung gleichsam als der Spiegel, in welchem es sein eignes Selbst erkennt."

(b) Es zeigt sich dasselbe Gesetz wirksam in der Beweislast (als Bedingung einer Veränderung des bisherigen Zustandes), dem Besitz, der Ersitzung, der Klageverjährung, endlich auch in der Kraft der Präjudicien (§ 20), überall freylich mit besonderer Beymischung und Ausbildung. Hier konnte dieser gemeinschaftliche Gesichtspunkt nur angedeutet werden: ihn nachzuweisen,

auf das Recht selbst zurückwirkenden Gewohnheit ist auch nur insofern herabwürdigend für dasselbe, als man das wiederholte Handeln als ein gedankenloses, durch zufälligen äußeren Anstoß bestimmtes, denkt: wird es dagegen als ein besonnenes, aus der Energie des Geistes hervorgehendes gedacht, so ist durch diese Entstehung die Würde des Rechts nicht gefährdet. Obgleich also der Name des Gewohnheitsrechts von zwey Seiten her erklärt, und gewissermaßen gerechtfertigt werden kann, so ist doch ein weniger ausschließender Gebrauch desselben wünschenswerth, da er das Erbtheil so mancher Misverständnisse mit sich führt, die sich von jeher an denselben angeknüpft haben.

In beiden Beziehungen nun, in welchen die Übung des Rechts wichtig ist, als Kennzeichen des positiven Rechts, und als mitwirkender Entstehungsgrund, sind es zwey Klassen von Handlungen, die sich vorzugsweise fruchtbar und wirksam zeigen: die symbolischen Formen der Rechtsgeschäfte, und die Urtheilssprüche der aus dem Volk gebildeten Gerichte (c). Jene bringen uns den Sinn der

muß der Darstellung der hier genannten Institute vorbehalten bleiben.

(c) Wenn ich hier auf die Natur der Volksgerichte ein besonderes Gewicht lege, so geschieht dies im Gegensatz der gelehrten Gerichte unserer neueren Zeiten, die zugleich aus fortdauernden Collegien bestehen (§ 14). Jener Character findet sich recht unverkennbar bey den Deutschen Schöffengerichten: nicht minder aber in den Römischen res judicatae, und zwar in diesen nicht sowohl, wie man leicht glauben möchte, weil die judices Privatpersonen, also in diesem Sinne aus dem Volk genommen waren: (denn der Rechtssatz, worauf hier Alles ankommt, ging ja von dem Prätor aus, nicht von dem judex); sondern deswegen, weil der Prätor selbst jährlich wechselte, und

Rechtsinstitute im Ganzen zur Anschauung: diese, hervorgerufen durch den Gegensatz streitender Ansprüche, sind durch ihren Zweck genöthigt, das Rechtsverhältniß in scharf bestimmten Gränzen aufzufassen und darzustellen.

Wenn übrigens hier behauptet worden ist, daß die in einzelnen Fällen vorgekommene Übung des Volksrechts als Mittel der Erkenntniß desselben betrachtet werden müsse, so kann dieses als eine mittelbare Erkenntniß bezeichnet werden, nöthig für Diejenigen, welche dieses Recht gleichsam von außen betrachten, ohne selbst zu den Gliedern der Genossenschaft zu gehören, in welcher das Volksrecht entstanden ist und sein fortdauerndes Leben führt (§ 7. 8). Denn für diese bedarf es einer solchen Folgerung aus einzelnen Fällen der Übung nicht, da ihre Erkenntniß eine unmittelbare, auf Anschauung beruhende, ist (§ 30).

§. 13.

Gesetzgebung.

Selbst wenn das positive Recht die höchste Sicherheit und Bestimmtheit hätte, so könnte dennoch Irrthum oder

nicht gerade einem gelehrten Juristenstande angehörte, also die allgemeine Volksansicht repräsentirte. So beziehen auch die Römer selbst die res judicatae, als Rechtsquellen, auf die Prätoren als ihre Urheber. Auctor *ad Herenn. II.* 13. — Dieses Alles gilt jedoch nur von den gewöhnlichen Richtern, die einzeln oder doch in geringer Zahl vom Prätor für jeden Fall besonders ernannt wurden. In den Centumviralsachen dagegen waren es die Urtheiler selbst, von welchen der Rechtssatz ausging (indem diesen keine formula vorgeschrieben wurde), und so hat sich namentlich die querela inofficiosi ausgebildet.

böser Wille seiner Herrschaft sich zu entziehen versuchen. Dadurch kann es nöthig werden, ihm ein äußerlich erkennbares Daseyn zu geben, durch dessen Macht jede individuelle Meynung beseitigt und die wirksame Bekämpfung des unrechtlichen Willens erleichtert wird. Das positive Recht, so durch die Sprache verkörpert, und mit absoluter Macht versehen, heißt das Gesetz, und dessen Aufstellung gehört zu den edelsten Rechten der höchsten Gewalt im Staate. Die Gesetzgebung kann nun eben sowohl im öffentlichen Recht als im Privatrecht thätig seyn; hier aber soll sie vorzugsweise in dieser letzten Beziehung näher betrachtet werden.

Fragen wir zuerst nach dem Inhalt des Gesetzes, so ist derselbe schon durch diese Herleitung der gesetzgebenden Gewalt bestimmt: das schon vorhandene Volksrecht ist dieser Inhalt, oder, was dasselbe sagt, das Gesetz ist das Organ des Volksrechts. Wollte man daran zweifeln, so müßte man den Gesetzgeber als außer der Nation stehend denken; er steht aber vielmehr in ihrem Mittelpunkt, so daß er ihren Geist, ihre Gesinnungen, ihre Bedürfnisse in sich concentrirt, und daß wir ihn als den wahren Vertreter des Volksgeistes anzusehen haben. Auch ist es ganz unrichtig, diese Stellung des Gesetzgebers als abhängig zu denken von der verschiedenen Einrichtung der gesetzgebenden Gewalt in dieser oder jener Staatsverfassung. Ob ein Fürst das Gesetz macht, oder ein Senat, oder eine größere, etwa durch Wahlen gebildete Versammlung, ob

vielleicht die Einstimmung mehrerer solcher Gewalten für die Gesetzgebung erfordert wird, das ändert Nichts in dem wesentlichen Verhältniß des Gesetzgebers zum Volksrecht, und es gehört wieder zu der schon oben gerügten Verwirrung der Begriffe, wenn Manche glauben, nur in dem von gewählten Repräsentanten gemachten Gesetz sey wahres Volksrecht enthalten.

Diese Ansicht von der Natur und dem Inhalt des Gesetzes ist nicht selten so misverstanden worden, als würde dadurch dem Gesetzgeber eine untergeordnete, seiner nicht würdige Stellung angewiesen, ja als sollte dadurch im Stillen das ganze Geschäft der Gesetzgebung für überflüssig, wohl gar für schädlich erklärt werden. Dieses Misverständniß wird am sichersten dadurch beseitigt werden, daß gezeigt wird, worin der wahre Einfluß der Gesetzgebung auf die Rechtsbildung besteht, und welche eigenthümliche Wichtigkeit diesem Einfluß zugeschrieben werden muß. Es zeigt sich aber dieser wichtige Einfluß vorzüglich in zwey Beziehungen: erstlich als ergänzende Nachhülfe für das positive Recht, zweytens als Unterstützung seines allmäligen Fortschreitens.

In der ersten Beziehung ist hier an dasjenige zu erinnern, was schon bey dem Gewohnheitsrecht (§ 12) bemerkt worden ist. Bey aller Sicherheit der Grundlagen des positiven Rechts kann doch im Einzelnen Manches unbestimmt geblieben seyn, und dieses besonders bey solchen Völkern, deren Anlage und Richtung mehr nach anderen

Seiten als in der Rechtsbildung ausgezeichnet ist. Dazu kommen die zahlreichen Bestimmungen, in deren Natur ein gewisser Spielraum der Willkühr gegründet ist, wie z. B. alle diejenigen, welche einen bestimmten Zeitraum als Bedingung enthalten. In allen Fällen dieser Art ist eine Ergänzung des Volksrechts nöthig, und obgleich dieselbe, wie oben erwähnt, durch Gewohnheit gegeben werden kann, so wird sie doch schneller und sicherer, also besser, durch Gesetzgebung bewirkt.

Noch wichtiger aber, als auf die ursprüngliche Rechtsbildung, ist der Einfluß der Gesetzgebung auf das Fortschreiten des Rechts. Wenn nämlich durch veränderte Sitten, Ansichten, Bedürfnisse, eine Veränderung in dem bestehenden Recht nothwendig wird, oder wenn im Fortgang der Zeit ganz neue Rechtsinstitute zum Bedürfniß werden, so können zwar dem bestehenden Recht diese neuen Elemente durch dieselbe innere, unsichtbare Kraft eingefügt werden, welche ursprünglich das Recht erzeugte. Allein gerade hier ist es, wo der Einfluß der Gesetzgebung äußerst heilsam, ja selbst unentbehrlich werden kann. Denn da jene wirkenden Ursachen nur allmälig eintreten, so entsteht nothwendig eine Zwischenzeit von ungewissem Recht, welche Ungewißheit durch den Ausspruch des Gesetzes zu beendigen ist. Ferner stehen alle Rechtsinstitute unter einander in Zusammenhang und Wechselwirkung, so daß durch jeden neu gebildeten Rechtssatz unbemerkt ein Widerspruch mit anderen, in sich unveränderten Rechtssätzen

entstehen kann. Dadurch nun wird eine Ausgleichung nöthig, die aber fast nur durch Reflexion und absichtliches, also persönliches Eingreifen mit Sicherheit zu bewirken ist (a). Diese Gründe erhalten eine besonders einleuchtende Wichtigkeit in den Fällen, in welchen auch schon das einer gegenwärtigen Abänderung bedürftige Recht durch frühere Gesetzgebung befestigt war; denn da nun diesem die, überall wahrzunehmende, widerstehende Kraft des geschriebenen Buchstabens inwohnt, so wird dadurch die allmälig wirkende innere Fortbildung oft ganz verhindert, oft auf einen unbefriedigenden Grad herabgesetzt werden (b). Endlich treten in der Geschichte jedes Volkes Entwicklungsstufen und Zustände ein, die der Rechtserzeugung durch gemeinsames Volksbewußtseyn nicht mehr günstig sind (§ 7). Hier wird diese, unter allen Umständen

(a) Stahl Philosophie des Rechts II. 1. S. 140.

(b) Dieses ist der wahre Sinn der oft misbrauchten Stelle von Göthe:

Es erben sich Gesetz' und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort;
Sie schleppen von Geschlecht sich
zum Geschlechte,
Und rücken sacht von Ort zu Ort.
Vernunft wird Unsinn, Wohlthat Plage;
Weh Dir, daß Du ein Enkel bist!
Vom Rechte, das mit uns geboren ist,
Von dem ist leider! nie die Frage.

Nicht selten ist sie so genommen worden, als sollte darin ein allgemeiner Tadel des positiven Rechts ausgedrückt werden, und das Bedauern, daß nicht lediglich das Naturrecht regiere. Daß der Dichter diese Stelle in dem Zusammenhange von Gedanken, worin ich sie setze, deutlich gedacht habe, will ich nicht behaupten. Es ist aber das Vorrecht des Sehers, dasjenige unmittelbar durch innere Anschauung hervorzubringen, was wir Andern nur auf dem langen und mühevollen Wege fortschreitender Gedankenverbindung finden können.

unentbehrliche Thätigkeit großentheils von selbst der Gesetzgebung zufallen. In keiner Zeit ist diese letzte Veränderung so sichtbar, ja so plötzlich erschienen, als unter Constantin, von welchem an die höchst thätige Kaiserliche Gesetzgebung die Fortbildung des Rechts ausschließend übernahm.

Wie nun aus diesen Betrachtungen hervorgeht, daß der Gesetzgebung keineswegs eine untergeordnete Wichtigkeit, in Vergleichung mit dem reinen (d. h. nicht in Gesetzgebung übergegangenen) Volksrecht zugeschrieben werden darf, so ist auch vor dem umgekehrten Irrthum zu warnen, nach welchem das Volksrecht nur als ein nothdürftiger Ersatz für die zufällig mangelnde Gesetzgebung betrachtet werden soll, von welchem nicht weiter die Rede seyn dürfe, sobald diese in's Daseyn getreten wäre. Die consequente Durchführung dieser Ansicht führt dahin, die Abänderung eines Gesetzes durch neueres Volksrecht (abrogatorische Gewohnheit) für unmöglich zu halten. Erkennt man aber in beiden Formen der Rechtsbildung eine gleiche, selbstständige Würde an, so muß es einleuchten, daß die natürliche fortbildende Kraft des Volksrechts nicht durch den an sich zufälligen Umstand aufgehoben werden kann, wenn ein früheres Erzeugniß desselben die Form der Gesetzgebung angenommen hat.

Außer dem Inhalt des Gesetzes, von welchem bisher die Rede war, ist nun auch noch die Form desselben in besondere Erwägung zu ziehen. Diese wird eben sowohl

durch sein Hervorgehen aus der höchsten Gewalt, als durch die absolute Macht, womit es wirken soll, bestimmt. Jener Entstehung und dieser Wirkung kann Nichts angemessener seyn, als die abstracte Form der Regel und des Gebots. Alles Andere, was damit verbunden werden könnte, Entwicklung, Darstellung, Einwirkung auf die Überzeugung, ist der Natur des Gesetzes fremd und gehört anderen Sphären der Mittheilung an. Dadurch entsteht indessen ein Misverhältniß zwischen dem Gesetz und dem Rechtsinstitut, dessen organische Natur in jener abstracten Form unmöglich erschöpft werden kann. Dennoch muß dem Gesetzgeber die vollständigste Anschauung des organischen Rechtsinstituts vorschweben, wenn das Gesetz seinem Zweck entsprechen soll, und er muß durch einen künstlichen Prozeß aus dieser Totalanschauung die abstracte Vorschrift des Gesetzes bilden: eben so muß derjenige, der das Gesetz anwenden soll, durch einen umgekehrten Prozeß den organischen Zusammenhang hinzufügen, aus welchem das Gesetz gleichsam einen einzelnen Durchschnitt darstellt. Jenes Misverhältniß aber und die Nothwendigkeit dieses künstlichen Verfahrens erscheint gemildert überall, wo das Gesetz den oben dargestellten Beruf der Ergänzung und Nachhülfe erfüllt, da diese besonderen Zwecke gleichfalls schon eine abstracte Natur an sich tragen, und daher durch die abstracte Form des Gesetzes leichter erschöpft werden können.

§. 14.

Wissenschaftliches Recht.

Es liegt in dem natürlichen Entwicklungsgang der Völker, daß bey fortschreitender Bildung einzelne Thätigkeiten und Kenntnisse sich absondern, und so den eigenthümlichen Lebensberuf besonderer Stände bilden. So auch wird das Recht, ursprünglich Gemeingut des gesammten Volkes, durch die sich mehr verzweigenden Verhältnisse des thätigen Lebens dergestalt ins Einzelne ausgebildet, daß es durch die im Volk gleichmäßig verbreitete Kenntniß nicht mehr beherrscht werden kann. Dann wird sich ein besonderer Stand der Rechtskundigen bilden, welcher, selbst Bestandtheil des Volkes, in diesem Kreise des Denkens die Gesammtheit vertritt. Das Recht ist im besondern Bewußtseyn dieses Standes nur eine Fortsetzung und eigenthümliche Entwicklung des Volksrechts. Es führt daher nunmehr ein zwiefaches Leben: seinen Grundzügen nach lebt es fort im gemeinsamen Bewußtseyn des Volks, die genauere Ausbildung und Anwendung im Einzelnen ist der besondere Beruf des Juristenstandes.

Die äußeren Formen der Thätigkeit dieses Standes geben ein Bild von der sehr allmäligen Entwicklung desselben. Zuerst erscheint er blos als Rath gebend in einzelnen Fällen, theils durch Gutachten über die Entscheidung eines Rechtsstreits (a), theils durch Belehrung über die richtige Ab-

(a) Zuerst mündliches Gutachten der Advocati vor Gericht, später schriftliche Responsa.

fassung feyerlicher Rechtsgeschäfte. Daneben finden sich dann als erste literarische Versuche gewöhnlich Formulare, mechanische Anweisungen zur genauen Besorgung von Rechtsgeschäften. Nach und nach wird die Thätigkeit geistiger und bildet sich zur Wissenschaft aus. Nun erscheinen als theoretische Formen Darstellungen des Rechts theils in mannichfaltigen Büchern, theils in mündlicher Lehre: als praktische Formen aber die Urtheilssprüche der Gerichte, die sich von den alten Volksgerichten theils durch die wissenschaftliche Bildung der Mitglieder, theils durch die Tradition bleibender Collegien unterscheiden.

Man kann hiernach bey dem Juristenstand eine zwiefache Wirksamkeit unterscheiden: eine materielle, indem sich die rechtserzeugende Thätigkeit des Volks großentheils in ihn zurückzieht, und von ihm, als dem Repräsentanten des Ganzen, fortwährend geübt wird: und eine formelle, rein wissenschaftliche, indem von ihm das Recht überhaupt, wie es auch entstanden seyn möge, in wissenschaftlicher Weise zum Bewußtseyn gebracht und dargestellt wird. In dieser letzten Function erscheint die Wirksamkeit der Juristen zunächst als eine abhängige, ihren Stoff von außen empfangende. Indessen entsteht durch die dem Stoff gegebene wissenschaftliche Form, welche seine inwohnende Einheit zu enthüllen und zu vollenden strebt, ein neues organisches Leben, welches bildend auf den Stoff selbst zurück wirkt, so daß auch aus der Wissenschaft als solcher eine neue Art der Rechtserzeugung

unaufhaltsam hervorgeht. Wie wichtig und heilsam diese formelle Rückwirkung der Wissenschaft auf das Recht selbst seyn kann, ist auf den ersten Blick einleuchtend; allein sie ist auch nicht ohne Gefahren. Schon in früher Zeit versuchten es die Römischen Juristen, für die Behandlung vieler Rechtsverhältnisse allgemeine Formeln aufzustellen, die sich durch Tradition fortpflanzten, und die zu großem und dauerndem Ansehen gelangten; Gajus besonders hat uns viele derselben aufbewahrt. Allein sie selbst (und mit ihren Worten Justinian) machen auf die Gefahr der unbedingten Hingebung an dieselben aufmerksam (b), und geben ihr Verhältniß dahin an, daß sie als Versuche, das Recht aufzufassen, und seinen Inhalt zu concentriren, nicht als Grundlage desselben betrachtet werden müßten (c). In neueren Zeiten ist diese formelle Rückwirkung viel ausgebreiteter, mannichfaltiger und mächtiger geworden, und darin eben liegt die große Gefahr bey der Abfassung eines umfassenden Gesetzbuchs, durch

(b) *L.* 202 *de R. J.* (50. 17) „Omnis definitio in jure civili periculosa est: parum (rarum) est enim, ut non subverti possit."

(c) *L.* 1 *de R. J.* (50. 17) „Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non (ut) ex regula jus sumatur, sed (ut) ex jure quod est regula fiat... quae, simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum." Das heißt: der zu Liebe wir niemals irgend eine, für sich wohlbegründete, concrete Bestimmung aufopfern müssen. Hier ist also die Anerkennung von Ausnahmen neben der Regel an ihrer Stelle, ja das, was wir hier Ausnahme nennen, ist eigentlich nur die Anerkennung einer unvollkommnen Regelfassung. Eine andere Natur haben die in Form allgemeiner Regeln gefaßten gesetzlichen Vorschriften, neben welchen wir mit der Zulassung von Ausnahmen behutsamer seyn müssen.

welches unvermeidlich das zeitliche Ergebniß formeller Auffassung fixirt, und der natürlichen Reinigung und Veredlung durch fortschreitende wissenschaftliche Entwicklung entzogen wird.

Betrachtet man insbesondere das Verhältniß des Juristenstandes zur Gesetzgebung, so zeigt sich dasselbe auf folgende verschiedene Weise. Er wirkt auf dieselbe ein, theils indem das in ihm ausgebildete Volksrecht, eben sowohl als das ursprüngliche, zum Stoff der Gesetzgebung wird, theils durch die juristische Bildung der Personen, die auf die Gesetzgebung in verschiedenen Stufen Einfluß haben. Er verarbeitet aber auch die Gesetzgebung und vermittelt den Übergang derselben in das wirkliche Leben. Denn die freyen und mannichfaltigen Formen, in welchen er sich bewegen kann, machen es ihm möglich, die abstracte Regel des Gesetzes in dem lebendigen Zusammenhang mit dem Rechtsinstitut darzustellen, von dessen Anschauung allerdings auch das Gesetz ausgegangen ist, die aber nicht unmittelbar in demselben sichtbar wird (§ 13). So wird dem Gesetz durch wissenschaftliche Verarbeitung die Beherrschung der Lebensverhältnisse erleichtert und gesichert.

Es erscheint also hierin ein mannichfaltiger Einfluß des Juristenstandes auf das positive Recht. Gegen die Behauptung dieses Einflusses ist zuweilen der Vorwurf einer unbefugten Anmaßung erhoben worden. Dieser Vorwurf könnte nur dann gegründet seyn, wenn die Juristen

einen geschlossenen Stand bilden wollten. Da aber Jeder Jurist werden kann, der die nöthige Kraft darauf wendet, so liegt in jener Behauptung nur der einfache Satz, daß, Wer das Recht zu seinem Lebensberuf macht, durch seine größere Sachkenntniß mehr als Andere auf das Recht Einfluß haben wird.

Diese besondere Art der Rechtserzeugung bezeichne ich als das wissenschaftliche Recht: anderwärts wird sie das Juristenrecht genannt.

Indem nun hier die geistige Entwicklung als Bedingung des wissenschaftlichen Rechts angegeben worden ist, so darf dieses nicht lediglich von einem besonders hohen Grad wissenschaftlicher Bildung verstanden werden, da vielmehr auch schon ein beschränkter Anfang dazu hinreichen kann, wie denn überhaupt Niemand hier an eine scharfe Gränzbestimmung denken wird. Noch wichtiger aber ist die Bemerkung, daß ein ähnliches Verhältniß, wenngleich eingeschränkter, auch schon aus der Verfassung eines Staats hervorgehen kann, wenn diese einen einzelnen Stand in die Lage setzt, vor anderen Ständen die Kenntniß des Rechts zu besitzen. So wird in Rom eine Prudentium auctoritas angenommen zu einer Zeit, worin von einem wissenschaftlichen Bedürfniß noch nicht die leiseste Spur vorhanden war, und es wird dieselbe in Verbindung gesetzt mit den ausschließenden Kenntnissen der Pontifices, also zugleich mit den Vorrechten des Patricierstandes (d).

(d) *L.* 2. §. 5. 6. *de orig. jur.* (1. 2.). — Bis zu welchem Grade

§. 15.

Die Rechtsquellen in ihrem Zusammenhang. Natur und Herkunft ihres Inhalts.

Aus der bisherigen Darstellung geht hervor, daß ursprünglich alles positive Recht Volksrecht ist, und daß dieser ursprünglichen Rechtserzeugung (oft schon in frühen Zeiten) Gesetzgebung ergänzend und unterstützend zur Seite tritt. Kommt dann, durch fortschreitende Entwicklung des Volks, Rechtswissenschaft hinzu, so sind dem Volksrecht in dem Gesetz und der Wissenschaft zwey Organe gegeben, deren jedes zugleich sein eigenes Leben für sich führt. Nimmt endlich in späteren Zeiten die rechtsbildende Kraft des Volkes in seiner Totalität ab, so lebt sie fort in diesen Organen. Dann aber ist auch von dem alten Volksrecht meist wenig mehr in seiner ursprünglichen Gestalt sichtbar, indem dasselbe, seinem größten und wichtigsten Theile nach, in Gesetzgebung und Wissenschaft verarbeitet seyn wird, und nur noch in dieser unmittelbar erscheint. Auf diese Weise kann es geschehen, daß das Volksrecht von Gesetz und Wissenschaft, in welchen es fortlebt, fast ganz verdeckt wird, und es wird nun auch die wahre Entstehung des vorhandenen positiven Rechts leicht vergessen und verkannt werden (a). Insbesondere hat die

diese historische Angabe als wahr anzunehmen ist, kann hier nicht der Ort seyn zu untersuchen.

(a) Dieses Verdecken der ursprünglichen Rechtserzeugung durch spätere Formen, worin der frühere Stoff übergegangen war, zeigt sich besonders in einem constanten Sprachgebrauch des späteren Römischen Rechts. Früher

Gesetzgebung in ihrer äußeren Macht ein solches Übergewicht, daß daraus leicht die Täuschung entsteht, als ob sie der einzig wahre Entstehungsgrund des Rechts wäre, alles Andere aber daneben nur in der untergeordneten Stellung einer Nachhülfe oder eines Surrogats gedacht werden dürfe. Allein ein gesunder Zustand des Rechts ist nur da vorhanden, wo diese rechtsbildenden Kräfte harmonisch zusammen wirken, also keine derselben von den andern sich isolirt. Und da die Gesetzgebung und die Wissenschaft fortwährend von einzelnen Menschen mit Absicht und Bewußtseyn hervorgebracht werden, so ist es auch von Wichtigkeit, daß über die Entstehung des positiven Rechts, und über das wahre Verhältniß der dabey wirksamen Kräfte, richtige Vorstellungen die Herrschaft erlangen und behaupten.

Dieser innere Zusammenhang der Gesetzgebung und der Rechtswissenschaft mit dem Volksrecht, welches auch

gab man als Rechtsquellen an: Leges, plebisscita, Senatus consulta u. s. w. Jetzt war dieses Alles längst in die Schriften der berühmten Juristen übergegangen, nur die Kaisergesetze bestanden daneben, und wurden noch stets durch neue vermehrt. Daher hieß es nun, alles Recht beruhe auf Leges oder Constitutiones (Kaisergesetze) und Jus oder Prudentia (juristische Literatur). So in mehreren Stellen des Commonitorium vor dem Westgothischen Breviar. *Int.* *L.* 2. *C. Th. de dot.* (3. 13). *Int. L. un C. Th. de resp. prud.* (1. 4.). *Int. Cod. Greg. II.* 2. 1. — *Edictum Theodorici in epilogo.* — *Prooem. Inst.* § 2. 4. *Const. Deo auctore* § 1. 2. 9. 11. *Const. Cordi. pr.* § 1. *L.* 5. *C. quorum appell.* (7. 65.). *Justiniani Sanctio pragmatica* § 11. — Ganz eben so beruht das ganze Englische Recht auf zwey Grundlagen, statute law, und common law; was dort die Kaisergesetze waren, sind hier die Parlamentsacten.

für jene die Grundlage darbietet, macht es um so nöthiger, die Beschaffenheit des Inhalts des Volksrechts genauer zu untersuchen. In demselben finden wir ein zwiefaches Element: ein individuelles, jedem Volke besonders angehörendes, und ein allgemeines, gegründet auf das Gemeinsame der menschlichen Natur. Beide finden ihre wissenschaftliche Anerkennung und Befriedigung in der Rechtsgeschichte und in der Rechtsphilosophie. Unter denen nun, welche sich von jeher mit der Ergründung der Natur des Rechts beschäftigt haben, sind nicht Wenige, welche die Idee desselben als etwas für sich Bestehendes behandelten, unbekümmert um deren Gestaltung in dem vorhandenen realen Zustand, und um den Einfluß ihrer Gedanken auf diesen Zustand. Allein auch Diejenigen, welche ihrer wissenschaftlichen Arbeit ein bestimmtes Verhältniß zu dem realen Rechtszustand zu geben trachteten, sind dabey häufig, indem sie nur das eine oder das andere von den angegebenen zwey Rechtselementen anerkannten, zu einer einseitigen Behandlung des Rechts geführt worden: die Einen, indem sie den Inhalt des Rechts als einen zufälligen und gleichgültigen auffaßten, und sich mit der Wahrnehmung der Thatsache als solcher begnügten; die Andern durch Aufstellung eines über allen positiven Rechten schwebenden Normalrechts, welches eigentlich alle Völker wohl thun würden, sogleich anstatt ihres positiven Rechts aufzunehmen. Diese letzte Einseitigkeit entzieht dem Recht alles Leben überhaupt,

während die erste allen höheren Beruf in ihm verkennt. Beide Abwege werden wir vermeiden, wenn wir eine allgemeine Aufgabe annehmen, welche auf ihre besondere Weise zu lösen die geschichtliche Aufgabe der einzelnen Völker ist. Der lebhafte Streit über diese Gegensätze hat gewiß dazu gedient, dieselben schärfer und bestimmter zur Erkenntniß zu bringen; aber er hat eben so oft dahin geführt, das wahre Element in den Bestrebungen der Gegner einseitig zu verkennen. Denn wir dürfen nicht übersehen, daß bey einer scheinbar auf das Einzelne beschränkten Untersuchung, der Sinn für das Ganze, also für die höhere Bedeutung der Rechtsinstitute, sich offenbaren kann: so wie auf der andern Seite die auf das Allgemeine gerichtete Untersuchung von der Anschauung des geschichtlichen Lebens der Völker wahrhaft durchdrungen seyn mag. Sieht man dabey ab von den Aeußerungen des Parteygeistes (als dem Nichtigen und Vergänglichen), und faßt man die wissenschaftlichen Richtungen unsrer Zeit rein für sich in's Auge, so dürfte man wohl dem erfreulichen Gedanken einer inneren Annäherung, und damit eines wahrhaften Fortschrittes, Raum geben können.

Jene allgemeine Aufgabe alles Rechts nun läßt sich einfach auf die sittliche Bestimmung der menschlichen Natur zurück führen, so wie sich dieselbe in der christlichen Lebensansicht darstellt; denn das Christenthum ist nicht nur von uns als Regel des Lebens anzuerkennen, sondern

es hat auch in der That die Welt umgewandelt, so daß alle unsre Gedanken, so fremd, ja feindlich sie demselben scheinen mögen, dennoch von ihm beherrscht und durchdrungen sind. Durch diese Anerkennung eines allgemeinen Zieles wird keinesweges das Recht in ein weiteres Gebiet aufgelöst und seines selbstständigen Daseyns beraubt: es erscheint vielmehr als ein ganz eigenthümliches Element in der Reihe der Bedingungen jener allgemeinen Aufgabe, in seinem Gebiet herrscht es unumschränkt, und es erhält nur seine höhere Wahrheit durch jene Verknüpfung mit dem Ganzen. Mit der Annahme jenes Einen Zieles aber genügt es völlig, und es ist keinesweges nöthig, demselben ein ganz verschiedenes zweytes, unter dem Namen des öffentlichen Wohles, an die Seite zu setzen: außer dem sittlichen Princip ein davon unabhängiges staatswirthschaftliches aufzunehmen. Denn indem dieses auf Erweiterung unsrer Herrschaft über die Natur hinstrebt, kann es nur die Mittel vermehren und veredlen wollen, wodurch die sittlichen Zwecke der menschlichen Natur zu erreichen sind. Ein neues Ziel aber ist darin nicht enthalten.

Betrachten wir von diesem Standpunkt aus das positive Recht bestimmter Völker, so finden wir in dessen Erzeugung großentheils beide Elemente des Rechts als gar nicht verschieden, sondern als eine und dieselbe, ungetheilte, schaffende Kraft. Nicht selten aber treten beide in einem bestimmten Gegensatz aus einander, bekämpfen

und beschränken sich wechselseitig, um sich späterhin vielleicht in einer höheren Einheit aufzulösen. In diesem Gegensatz erscheint uns das besondere oder nationale Element, und alles Einzelne, was in der logischen Consequenz desselben enthalten ist, als der bloße Buchstab des Rechts (jus strictum, ratio juris) (b); in solcher Abgeschlossenheit ist dasselbe unvollkommen und beschränkt, es hat aber die Fähigkeit, im Lauf der Zeit die ihm verwandten allgemeineren Principien mehr und mehr in sich aufzunehmen und sich durch sie zu erweitern. — Das allgemeine Element dagegen erscheint wiederum in verschiedenen Gestalten. Am reinsten und unmittelbarsten, insofern darin die sittliche Natur des Rechts im Allgemeinen wirksam ist: also die Anerkennung der überall gleichen sittlichen Würde und Freyheit des Menschen, die Umgebung dieser Freyheit durch Rechtsinstitute, mit Allem was aus der Natur und Bestimmung dieser Institute durch praktische Consequenz hervorgeht, und was die Neueren Natur der Sache nennen (aequitas oder naturalis ratio). Mittelbar und in gemischterer Natur erscheint das allgemeine Rechtselement:

(b) Die Römischen Kunstausdrücke werden an dieser Stelle angegeben, nicht um die bey den Römern vorkommende Begriffe historisch festzustellen, sondern um die gegenwärtige allgemeine Darstellung durch Erinnerung an bekannte Kunstausdrücke anschaulicher zu machen. Die Anknüpfung derselben an die bey den Römern herrschenden Grundbegriffe über die Entstehung des Rechts wird im § 22 nachfolgen. — Die logische Consequenz ist in folgender Stelle sehr bezeichnend ausgedrückt: *L.* 51. § 2. *ad L. Aquil.* (9. 2.) „Multa autem jure civili, *contra rationem disputandi*, pro utilitate communi recepta esse."

1) als Beachtung sittlicher Zwecke außer dem Rechtsgebiet (boni mores), im neuesten Recht auch kirchlicher Zwecke, 2) als Beachtung des Staatsinteresse (publica utilitas, quod reipublicae interest), 3) als väterliche Vorsorge für das Wohl der Einzelnen (ratio utilitatis), z. B. Beförderung des Verkehrs, Schutz einiger Klassen, wie Frauen und Minderjährige, gegen besondere Gefahren. — Nach dieser Übersicht lassen sich die Entstehungsgründe auch folgendergestalt klassificiren. Sie beruhen entweder rein auf dem Rechtsgebiet für sich (jus strictum und aequitas), oder zugleich auf der Mitwirkung solcher Principien, die nicht in den Gränzen dieses Gebietes liegen, obgleich sie das allgemeine Ziel mit demselben gemein haben (boni mores und jede Art von utilitas).

Durch jene Anerkennung der beiden Elemente jedes positiven Rechts, des allgemeinen und des individuellen, eröffnet sich zugleich für die Gesetzgebung ein neuer und hoher Beruf. Denn gerade in der Wechselwirkung jener Elemente liegt schon das wichtigste Motiv des fortschreitenden Volksrechts, wobey es überall darauf ankommt, das allgemeine Ziel sicherer zu erkennen, und sich demselben anzunähern, ohne doch die frische Kraft des individuellen Lebens zu schwächen. Auf diesem Wege giebt es Vieles auszugleichen, manches Hinderniß zu überwinden, und hier kann die gesetzgebende Gewalt dem unsichtbar arbeitenden Volksgeist die wohlthätigste Hülfe leisten. Aber in keinem Geschäft ist auch so viel Behutsamkeit

nöthig, damit nicht einseitige Meynung und Willkühr das lebendig waltende und fortschreitende Recht verdränge. Hier vorzüglich ist dem Gesetzgeber der Sinn für wahre Freyheit wichtig, der oft bey denen am meisten vermißt wird, die ihn vor Anderen im Munde führen.

§. 16.

Absolutes und vermittelndes, regelmäßiges und anomalisches Recht.

Bey der Betrachtung der Bestandtheile des objectiven Rechts finden wir zwey Gegensätze, die schon an diesem Ort dargestellt werden müssen, weil sie von mannichfaltigem Einfluß auf die nachfolgenden Lehren sind.

Erwägt man erstlich das Verhältniß, in welchem die Rechtsregeln zu den durch sie beherrschten Rechtsverhältnissen stehen (§ 5), so findet sich darin folgende Verschiedenheit. — Ein Theil derselben soll herrschen mit unabänderlicher Nothwendigkeit, ohne der individuellen Willkühr Spielraum zu lassen: ich nenne sie absolute oder gebietende Rechtsregeln. Der Grund dieser Nothwendigkeit kann liegen in der Natur des Rechtsorganismus selbst, so wie er sich in diesem positiven Recht darstellt: oder in politischen und staatswirthschaftlichen Zwecken: oder auch unmittelbar in sittlichen Rücksichten (§ 15). — Ein anderer Theil läßt zunächst dem individuellen Willen freye Macht, und nur wo dieser unterlassen hat seine Macht auszuüben, tritt die Rechtsregel an seine Stelle,

um dem Rechtsverhältniß die nöthige Bestimmtheit zu geben: diese Regeln, die man als Auslegungen des unvollständig gebliebenen Willens betrachten kann, nenne ich vermittelnde. — Dieser Gegensatz ist von den Römischen Juristen sehr bestimmt anerkannt. Sie bezeichnen die Regeln der ersten Art am häufigsten als jus publicum (a): auch als jus schlechthin (b), als jus commune (c), oder juris forma (d). Nicht selten drücken sie speciell die Beziehung aus, um deren willen die Regel diese Eigenschaft hat, namentlich das Staatsinteresse (e), oder die guten Sitten (f). Die Regeln der zweyten Art, deren Natur sich meist aus dem Gegensatz von selbst ergiebt, haben keine so regelmäßig wiederkehrende Bezeichnung (g). — Bey den Neueren liegt zum Theil derselbe Gedanke zum Grunde, wenn sie die Gesetze in gebietende, verbietende und erlaubende eintheilen (h). Bey dieser Eintheilung ist

(a) *L.* 38 *de pactis* (2. 14.), *L.* 20 *pr. de relig.* (11. 7.), *L.* 42 *de op. lib.* (38. 1.), *L.* 45 § 1 *de R. J.* (50. 17.) *etc.*

(b) *L.* 12 § 1 *de pactis dot.* (23. 4.), *L.* 27 *de R. J.* (50. 17.).

(c) *L.* 7 § 16 *de pactis* (2. 14.).

(d) *L.* 42 *de pactis* (2. 14.), *L.* 114 § 7 *de leg.* 1 (30), *L.* 49 § 2 *de fidej.* (46. 1.).

(e) *L.* 27 § 4. *L.* 7 § 11 *de pactis* (2. 14) publica causa, res publica.

(f) *Consultatio* § 4 in mehreren Stellen.

(g) Res familiaris, privata, ad voluntatem spectans. *L.* 7 § 14. *L.* 27 § 4 *de pactis* (2. 14.). *L.* 12 § 1 *de pactis dot.* (23. 4.). *L.* 27 *de R. J.* (50. 17.). — Von der Unterscheidung beider Arten der Rechtsregeln wird im vierten Kapitel gehandelt werden.

(h) Glück I. § 14. — Die Veranlassung dieser Eintheilung liegt in *L.* 7 *de leg.* (1. 3.), wo nur noch ein Glied mehr vorkommt: „Legis virtus est imperare, vetare, permittere, punire." Hier aber stehen diese Fälle nur als anspruchlose Übersicht über die Wirkungsart der

jedoch zuvörderst die Beschränkung auf Gesetze zu tadeln, da doch derselbe Gegensatz auch in dem Gewohnheitsrecht vorkommen kann. Ferner unterscheiden sich die gebietenden und verbietenden Gesetze nur durch die logische Form der Bejahung und Verneinung, welcher an sich gleichgültige Umstand keine Eintheilungsglieder begründen kann. Endlich ist bey der dritten Art das, worauf es ankommt, gar nicht das Erlauben, sondern vielmehr die Ergänzung einer mangelhaften Willensbestimmung. Das Erlauben könnte überhaupt nur Sinn haben in Beziehung auf ein vorausgedachtes Verbot: sey es, daß dieses durch die Erlaubniß aufgehoben, oder ausnahmsweise beschränkt werden sollte. In der That bezieht man auch den Ausdruck vorzugsweise auf solche Gesetze, worin für bestimmte Personen eine Handlungsfähigkeit anerkannt, eigentlich also deren Negation negirt wird. — Unter den angeführten Kunstausdrücken ist übrigens einer, der noch einer näheren Erörterung bedarf, weil dessen Vieldeutigkeit große Misverständnisse erzeugt hat, nämlich der Ausdruck publicum jus. Publicum überhaupt ist populicum, das was mit dem populus in Beziehung steht. Dieser Grundbegriff führt auf folgende Varietäten. Erstlich kann gemeynt seyn der populus Romanus (welches als die regelmäßige Bedeutung bezeichnet wird), oder der populus einer einzelnen Stadt (i). Zweytens kann das Publicum betreffen den

Gesetze, nicht als Grundlage einer Classification.

(i) *L.* 15 *de V. S.* (50. 16.), *L.* 16 *eod.* *L.* 9 *de usurp.* (41. 3.).

populus als Ganzes (wie der ager publicus, die bonorum publicatio u. s. w.), oder alle einzelne Mitglieder desselben (wie die res publicae im Gemeingebrauch der Einzelnen) (k). Was insbesondere das publicum jus betrifft, so können durch diesen Ausdruck ganz verschiedene Beziehungen des jus zum populus bezeichnet werden. So bedeutet publicum jus zuerst das öffentliche Recht, d. h. die Rechtsregeln, deren Gegenstand der populus ist (§ 9. a.); ferner die Rechtsregeln überhaupt (das objective Recht), welche ihre Entstehung haben in der Anerkennung des populus (§ 7. 8) (l); endlich diejenigen Regeln des Privatrechts, wobey der populus ein Interesse hat (publice interest, publica utilitas), und die deswegen von der individuellen Willkühr unabhängig sind, also die absoluten Rechtsregeln (Note a.). Allein nicht blos auf die Rechtsregeln (das objective Recht) wird der Ausdruck publicum jus angewendet, sondern auch auf die Befugnisse der Einzelnen (das subjective Recht). So heißt publicum jus der Allen gemeinsame Genuß an Flüssen und Heerstraßen (m); eben so heißen publica jura die Rechte, welche den Einzelnen als Senatoren, als Mitgliedern der Volksversammlung u. s. w. zukommen (n). Die Vernachlässigung dieser ver-

(k) *L.* 5 *pr. de div. rer.* (1. 8.), *L.* 7 § 5. *L.* 14 *pr. L.* 30 § 1. *L.* 65 § 1 *de adq. rer. dom.* (41. 1.), *L.* 6 *pr. L.* 72 § 1 *de contr. emt.* (18. 1.), *L.* 45 *pr. de usurp.* (41. 3.).

(l) *L.* 8 *de tut.* (26. 1.), *L.* 77 § 3 *de cond.* (35. 1.), *L.* 116 § 1 *de R. J.* (50. 17.), *L.* 8. 11 *C. de Judaeis* (1. 9.).

(m) *L.* 1 § 16. 17. *L.* 3 § 4. *L.* 4 *de O. n. n.* (39. 1.). Ähnlich ist *L.* 40 *ad L. J. de adult.* (48. 5.).

(n) *L.* 5 § 2. *L.* 6 *de cap. min.* (1. 5.).

schiedenen, aber verwandten Bedeutungen hat nicht selten bedeutende Irrthümer veranlaßt (o).

Ein zweyter Gegensatz bezieht sich auf die verschiedene Herkunft der Rechtsregeln, je nachdem dieselben entsprungen sind auf dem reinen Rechtsgebiet (sey dieses jus oder aequitas), oder aber auf einem fremdartigen Gebiet (§ 15). Indem diese letzten als fremde Elemente in das Recht eingreifen, werden dessen reine Grundsätze durch sie modificirt, und insofern gehen sie contra rationem juris (p). Ich nenne sie daher anomalische, die Römer nennen sie Jus singulare, und setzen ihren Entstehungsgrund in die von dem Recht verschiedene utilitas oder necessitas (q).

(o) Großentheils hieraus ist entstanden das Werk von Burchardi: Grundzüge des Rechtssystems der Römer aus ihren Begriffen von öffentlichem und Privatrecht entwickelt, Bonn 1822. Er betrachtet das ganze Personenrecht als jus publicum, das Sachenrecht als jus privatum, das Actionenrecht als aus beiden gemischt. Ich halte den Grundgedanken für unrichtig, dessen scharfsinnige Durchführung aber macht das Buch dennoch lehrreich.

(p) *L.* 14. 15. 16 *de leg.* (1. 3.), *L.* 141 *pr. de R. J.* (50. 17.). — Im Wesentlichen ist dieses dieselbe Grundansicht, welche schon von Thibaut dargestellt ist, Versuche II N. 13.

(q) *L.* 16 *de leg.* (1. 3.) „Jus singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est." Der Name jus singulare steht auch in *L.* 23 § 3 *de fid. lib.* (40. 5.). *L.* 23. §. 1. *L.* 44 § 1 *de adqu. poss.* (41. 2.). *L.* 44 § 3 *de usurp.* (41. 3.). *L.* 15 *de reb. cred.* (12. 1.) („Singularia quaedam recepta"). — Utilitas (vgl. oben § 15) als ihr Entstehungsgrund auch in *L.* 44 § 1 *cit. L.* 2 § 16 *pro emt.* (41. 4.). — Necessitas (von utilitas im Wesen nicht verschieden) in *L.* 162 *de R. J.* (50. 17.). — Es heißt zuweilen benigne receptum *L.* 34 *pr. mandati* (17. 1.). Vgl. Brissonius v. benigne und benignus. — In mehreren anderen Stellen heißt dieses singuläre, rein positive Recht jus constitutum, also ohne Beziehung auf Kaiserconstitutionen als Ent-

Das auf dem Rechtsgebiet entsprungene Recht nenne ich das regelmäßige; die Römer bezeichnen dasselbe gewöhnlich gar nicht, doch kommt dafür der Name Jus commune vor (r). Bey weitem die häufigste Bezeichnung des Jus singulare bey den Römern ist aber die durch den Ausdruck privilegium. So kommen vor Privilegien der Soldaten bey den Testamenten (s), mehrerer Personen als Excusationen von der Vormundschaft (t), ganz besonders häufig aber als Begünstigung mancher Creditoren im Concurs (u), namentlich des Fiscus, der Unmündigen, der Dotalforderungen u. s. w., also unter andern derjenigen Forderungen, die späterhin den noch größeren Vortheil eines stillschweigenden Pfandrechts erlangt haben (v): in allen diesen Fällen aber heißt privilegium genau dasselbe, was so eben als die Bedeutung von Jus singulare nachgewiesen worden ist. — Suchen wir uns den Character

stehungsgrund. *L.* 25 *de don. int. v. et ux.* (24. 1.). — *L.* 1 *rer. am.* (25. 2.). — *L.* 20 § 3 *de statu lib.* (40. 7.) *L.* 91 *pr.* § 1 *de cond.* (35. 1.). Alciati parerg. VII. 26. (Anderwärts bezeichnet freylich jus constitutum das Constitutionenrecht. *L.* 1 § 2 *quae sent.* 49. 8. Unsicher sind in dieser Hinsicht Fragm. Vat. § 278, und *L.* 22 *C de usur.* 4. 32.). — Der Gegensatz jenes singulären Rechts (jus constitutum) heißt dann jus vulgatum. *L.* 32 § 24 *de don. int. vir.* (24. 1.).

(r) *L.* 15 *de vulg.* (28. 6.).

(s) *L.* 15 *de vulg.* (28. 6.), *L.* 40 *de admin.* (26. 7.).

(t) *L.* 30 § 2 *de excus.* (27. 1.). Fr. Vatic. § 152. Doch ist hier der Ausdruck nicht häufig.

(u) So durch den ganzen Titel *de reb. auct. jud.* (42. 5.), besonders *L.* 24 § 2. 3. *L.* 32. Sie heißen hier privilegiarii.

(v) Unser besonders häufiger Ausdruck der privilegirten Hypotheken ist bey den Römern nicht üblich.

dieses Jus singulare noch vollständiger zu entwickeln, so erscheint es zuerst als rein positiv, und zwar meist so, daß es auf den Willen eines bestimmten Gesetzgebers zurückgeführt werden kann (w), in seltneren Fällen auch als Erzeugniß uralter Nationalansicht, also ohne bekannten Ursprung: so das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten, welches auf sittlichen Ansichten, nicht auf einem Rechtsprincip beruht (x). — Ferner erscheint das anomalische Recht zu dem regelmäßigen in dem logischen Verhältniß einer Ausnahme zur Regel: allein dieses Verhältniß ist ein abgeleitetes, und das Wesen der Sache ist darin nicht enthalten. — Endlich erscheint das anomalische Recht (was schon in seinem Character als einer Ausnahme liegt) stets als beschränkt auf gewisse Klassen von Personen, Sachen, oder Rechtsgeschäften: aber dieses Verhältniß ist zuvörderst ein unbestimmtes, da man den Begriff solcher Klassen nach Belieben bilden kann, wie denn z. B. das ganze Recht des Kaufs nur für die Klasse der Käufer und Verkäufer gilt: es ist ferner, so wie das vorher erwähnte Ausnahmeverhältniß, ein untergeordnetes, und ganz irrig haben Viele das Wesen des Jus singulare hierin gesetzt. Wäre dieses der Fall, so müßte man auch den Satz umkehren können, und jedes Recht besonderer Klassen müßte stets ein Jus singulare seyn, was aber durchaus nicht angenommen werden darf. So z. B. geht

(w) „Auctoritate constituentium" s. d. Note q.

(x) *L.* 1 *de don. int. vir.* (24. 1.).

Justinians dreyjährige Usucapion nur auf bewegliche Sachen, ist aber darum dennoch kein Jus singulare. Das Vorrecht der Unmündigen bey der actio tutelae ist ein Jus singulare, ihre Handlungsunfähigkeit ist es nicht. Das Sc. Vellejanum ist ein Jus singulare der Frauen, ihre ausschließende Fähigkeit, mit Männern in dem Rechtsverhältniß einer Ehe zu leben, ist es nicht. Also ist die Beschränkung eines Rechts auf einzelne Klassen nicht das, wodurch das Recht zu einem Jus singulare wird. — In der gewöhnlichsten Beziehung auf eine einzelne Klasse von Personen ist der Zweck nicht, wie bey dem regelmäßigen Recht (der aequitas) auf eine gleichmäßige Behandlung aller Betheiligten gerichtet, sondern vielmehr, in Folge der von außen in das Recht eingreifenden utilitas, entweder auf einen Vortheil oder einen Nachtheil dieser Klasse. In dem ersten Fall, welcher der häufigste ist, heißt jenes Recht auch beneficium (y). Beyspiele des letzten Falls sind die im neueren Römischen Recht wichtigen besonderen Rechte der Ketzer und Juden. — Nach dieser Darstellung ist der Begriff des Jus singulare ein allgemeiner, nicht historischer. Dennoch kann er insofern einen historischen Character annehmen, als ein dem Recht ursprünglich fremdes Princip von demselben assimilirt werden kann, so daß Das, was ursprünglich als utilitas galt, im Lauf der Zeit als ratio juris aufgefaßt wird. Das geschah ohne Zweifel bey dem Erwerb des Besitzes durch freye Mittelspersonen,

(y) Z. B. *L.* 1 § 2 *ad munic.* (50. 1.).

und auch die Singularia bey dem Darlehn scheinen so verstanden werden zu müssen (z).

Große Verwirrung ist in diese Lehre dadurch gekommen, daß man das Jus singulare zusammen geworfen hat mit dem, was wir heutzutage gewöhnlich Privilegien nennen, nämlich mit den durch die höchste Staatsgewalt bestimmten individuellen Ausnahmen von der Anwendung der Rechtsregeln. Um dieses klar zu machen, ist es nöthig, das Verhältniß der Begriffe von der Terminologie genau zu scheiden (aa). — Solche individuelle Ausnahmen sind überhaupt gar nicht Bestandtheile des allgemeinen Rechts, und unterscheiden sich dadurch gänzlich von dem Jus singulare. Sie haben mit demselben gemein die Natur der Ausnahme von einer Regel: ferner die Entstehung durch eine einseitige Erklärung der gesetzgebenden Gewalt. Allein diese letzte Ähnlichkeit ist nur eine zufällige, nicht allgemeine, da sie ja auch durch Verträge entstehen können. — Mit der Terminologie aber verhält es sich folgendergestalt. In der ältesten Sprache heißen diese individuellen Ausnahmen in der That privilegia (bb). In unsren Rechtsquellen dagegen ist privilegium die regelmäßige Bezeichnung für das Jus singulare, und kommt dabey, wie oben bemerkt, in einer großen Zahl von Stellen vor.

(z) *L.* 1 *C. de adqu. poss.* (7. 32.). *L.* 53 *de adqu. rer. dom.* (41. 1.). *L.* 15 *de reb. cred.* (12. 1.).

(aa) Diese Rechte selbst werden unten bey der Anwendung der Gesetze dargestellt werden.

(bb) So in mehreren Stellen des Cicero (Ernesti v. *privilegium*) Gellius X. 20. — Vgl. Dirksen civilistische Abhandlungen B. 1 S. 246 fg.

Die individuellen Ausnahmen aber sind in den Rechtsquellen überhaupt selten erwähnt, und wo sie vorkommen, werden sie durch keinen regelmäßigen Kunstausdruck bezeichnet, sondern bald blos beschrieben (cc), bald personales constitutiones, oder auch privata privilegia genannt (dd).

Drittes Kapitel.

Quellen des heutigen Römischen Rechts.

§. 17.

A. Gesetze.

Was bisher über die Natur der Rechtsquellen im Allgemeinen gesagt worden ist (§ 4—16), soll nunmehr auf das heutige Römische Recht, als auf die besondere Aufgabe dieses Werks (§ 1—3), angewendet werden. Es ist also die besondere Stellung anzugeben, welche Gesetzgebung, Gewohnheitsrecht, und wissenschaftliches Recht, als Quellen des heutigen Römischen Rechts, einnehmen.

Als Gesetze kommen hier zunächst in Betracht die vier Theile der Justinianischen Gesetzgebung, die wir unter dem Namen Corpus Juris zusammen zu fassen pflegen: also die drey Rechtsbücher, und die nach denselben erlassenen einzelnen Novellen (a). Diese aber in den Grän-

(cc) *L.* 3 *in f. C. de leg.* (1. 14.) Const. *Summa* § 4.

(dd) *L.* 1 § 2 *de const. princ.* (1. 4.). *L.* 4. *C. Th. de itin. mun.* (15. 3.). Vgl. § 24.

(a) Die Geschichte und Literatur dieser Quellen gehört der

zen und der besonderen Gestalt, welche sie in der Schule von Bologna erhalten haben. Denn nur so waren sie bekannt, als sich von jener Schule aus die Anerkennung des Römischen Rechts als eines gemeinen Rechts für das neuere Europa feststellte: und als vier Jahrhunderte später zu jenen Quellen allmälig noch neue hinzugebracht wurden, war die ausschließende Herrschaft der früheren so lange und so allgemein anerkannt, ja sie waren so sehr in den wirklichen Rechtszustand übergegangen, daß es ganz unmöglich war, den neuen Entdeckungen einen andern als blos gelehrten Gebrauch zuzuschreiben. Nur aus diesem Grunde ist das vorjustinianische Recht von aller Anwendung ausgeschlossen, und diese Ausschließung ist von allen ohne Ausnahme anerkannt. Ganz inconsequent aber würde es seyn, dasselbe Princip nicht auch auf die Gränzen des Justinianischen Quellencanons anwenden zu wollen. Daher sind also ausgeschlossen die Griechischen Texte in den Digesten, an deren Stelle die in Bologna angenommenen Übersetzungen treten: ferner die wenig bedeutenden Restitutionen in den Digesten, und die weit wichtigeren im Codex. Eben so aber ist auch unter den Drey auf neuere Zeiten gekommenen Sammlungen der Novellen (b) nur diejenige anzuerkennen, welche wir als Authenticum bezeichnen, und zwar in der Abkürzung, die sie in Bologna

Rechtsgeschichte an; hier ist blos anzugeben, was davon als geltendes Recht betrachtet werden darf.

(b) Sammlung der 168, Julian, und liber Authenticorum. Biener Geschichte der Novellen Justinians. Berlin 1824. 8.

erhalten hat, und worin sie den Namen der Vulgata führt (c). Aus denselben Gründen aber müssen wir auf der andern Seite im Codex die Erweiterung anerkennen, die er in Bologna durch Aufnahme der von Kaiser Friedrich I. und Friedrich II. herrührenden Authentiken erhalten hat: ingleichen durch Aufnahme der weit zahlreicheren Authentiken des Irnerius (d). Weiter jedoch als auf die Begränzung jenes Quellenkreises dürfen wir den unmittelbaren Einfluß der Bolognesischen Schule nicht ausdehnen: namentlich nicht auf die Lehrmeynungen, worin eine ausschließende Allgemeinheit daselbst niemals bewirkt oder nur bezweckt wurde (e): eben so wenig auf die Kritik des

(c) Biener S. 258. 259. — Wenn auch einzelne Juristen, wiewohl sehr selten, abweichende Meynungen über diesen Punkt gehabt haben mögen (Mühlenbruch I. § 18.), so darf doch deßhalb die Sache selbst nicht als zweifelhaft angesehen werden. Denn giebt man das hier aufgestellte Princip auf, so ist es ganz unmöglich, eine schrankenlose Willkühr abzuwehren.

(d) Savigny Geschichte des R. R. im Mittelalter B. 3. § 195. 196. — Es darf nicht als Inconsequenz angesehen werden, wenn gleich nachher die Autorität der Glosse verneint, hier aber die der Authentiken des Irnerius behauptet wird, obgleich diese auch nichts Anderes waren, als Glossen zur Erleichterung des Parallelismus zwischen dem Codex und den Novellen. Denn man erkannte sie nur insofern für Stücke des gesetzlichen Canons an, als sie bloße Auszüge seyn sollten, ohne alle eigene Zuthat: so daß es nur als eine Bequemlichkeit für das Studium und für die Citate betrachtet wurde, wenn man sich nach Belieben an den Text oder an den Auszug wenden konnte. Es würde daher dem Sinne der Aufnahme der Authentiken völlig entgegen seyn, wenn man aus ihnen einen Widerstreit gegen den Novellentext begründen wollte.

(e) Im Gegensatz gegen diese Behauptung ist die Meynung aufgestellt worden, wir hätten überhaupt nicht das von den Glossatoren begränzte Corpus Juris, sondern vielmehr die in den Glossatoren ausgedrückte

Textes, worin zwar gemeinsame Bestrebungen der Glossatoren unverkennbar sind, jedoch ohne daß dieselben jemals in einer abgeschlossenen Arbeit fertig wurden, für welche allein eine ausschließende Anerkennung auch nur zur Frage kommen könnte (f). — Weit wichtiger ist die Beschränkung der Anwendbarkeit, welche sich auf den Inhalt jenes im Allgemeinen anerkannten Quellenkreises bezieht. Dahin gehört nicht nur die wichtige Ausschließung des Staatsrechts von aller heutigen Anwendung (§ 1), sondern auch die Ausschließung ganzer, dem Privatrecht angehörenden, Rechtsinstitute, wie z. B. des Sklavenrechts, des Colonats, der Stipulation. Diese materielle Begränzung aber ist nicht so wie jene formelle der Schule von Bologna zuzuschreiben, sondern vielmehr der Rückwirkung anderer Rechtsquellen (Gewohnheitsrecht und Wissenschaft) auf das gesetzliche Recht. Ja sie ist auch nicht von jeher allgemein anerkannt worden, vielmehr ist es erst dem kritischen Geist neuerer Rechtswissenschaft gelungen, die irrige Anwendung ganz zu verdrängen, die früherhin vom Römischen Recht häufig versucht wurde. Wie sehr namentlich die Glossa-

Italienische Rechtspraxis recipirt (Seidensticker) Juristische Fragmente Th. 2 S. 188—194. Das ist um so mehr zu verwerfen, als die Glossatoren nur Interpreten seyn, und die Praxis nicht darstellen, sondern reformiren wollten. Savigny Geschichte des R. R. im Mittelalter B. 5 Kap. XLI Num. I. — Das wahre Element in jenem Irrthum besteht darin, daß die Lehrmeynungen der Glossatoren allerdings auch auf die Deutsche Rechtspraxis nicht wenig Einfluß gehabt haben.

(f) Savigny a. a. O. § 175. 176.

toren geneigt waren, jene natürliche Gränzen nicht selten zu verkennen, zeigt die unter K. Friedrich I. versuchte Anwendung des Römischen Rechts zur festeren Begründung der Kaiserlichen Gewalt.

Die hier aufgestellte Gränze des als Gesetz recipirten Römischen Rechts ist von Einer Seite her nicht ohne Anfechtung geblieben, so weit nämlich hier die Ungültigkeit der unglossirten oder restituirten Theile des Corpus Juris behauptet wird. Zwar stimmt mit dieser Behauptung die Mehrzahl theoretischer und praktischer Schriftsteller überein, die jede Abweichung von diesem Grundsatz als entschiedenen Irrthum ansehen (g). Doch hat es auch nicht an Gegnern dieser Behauptung gefehlt. Einzelne sind so weit gegangen, selbst den Novellen des K. Leo VI. gesetzliche Gültigkeit zuzuschreiben (h), ohne zu erwägen, daß zur Zeit dieses Kaisers (um das Jahr 900) die Herrschaft der Griechischen Kaiser über Italien längst aufgehört hatte, also keine Brücke mehr vorhanden war, auf welcher ihre Gesetze, so wie die von Justinian, zu uns hätten gelangen können. Mehr Schein hat die Meynung Anderer, welche die Gesetzeskraft auf die restituirten Stücke des Justinianischen Rechts, wohl auch nur auf einen Theil derselben, beschränken, oder wenigstens die Frage als zwei-

(g) Lauterbach proleg. § V Num. 6. 7. Eckhard hermeneut. § 282. Brunnquell hist. j. II 9 § 22. Zepernick hinter Beck de novellis Leonis Hal. 1779. p. 552 sq. Glück I § 53. 56. Weber Versuche über das Civilrecht S. 47—49.

(h) Beck de novellis Leonis ed. Zepernick Halae 1779.

felhaft darstellen (i). Man hat nämlich die Sache so aufgefaßt, als wäre die beschränkte Gültigkeit in dem ausschließenden Gebrauch der glossirten Ausgaben begründet, und seitdem diese außer Gebrauch gekommen und durch vollständigere Ausgaben (z. B. die Gothofredischen) verdrängt worden, sey auch deren ganzer Inhalt für recipirt zu achten. Allein einen so materiellen und zufälligen Zusammenhang hat die Sache in der That niemals gehabt; vielmehr war die Reception in bestimmten Gränzen anerkannt und fixirt, längst ehe man an gedruckte Ausgaben oder gar an eine Verschiedenheit unter solchen denken konnte. Allerdings kann man sagen, dieselbe Fähigkeit und Befugniß zur Reception, wie in früheren Zeiten, habe auch noch im sechszehnten Jahrhundert, in welches die Restitutionen größtentheils fallen, fortgedauert. Die Reception aber ist eine Thatsache, die sich nicht verbergen läßt, die aber auch nicht ohne wichtige Gründe eintritt. An solchen Gründen hat es bey der wirklichen Reception

(i) Beck l. c. § 48. Mühlenbruch I § 18. Dabelow Handbuch des Pandectenrechts Th. 1 Halle 1816 § 50. Dieser letzte stellt folgende Sätze auf. Nach dem älteren Brauch waren alle unglossirte Stücke ungültig; nach dem neuern Brauch, seitdem die glossirten Ausgaben verschwanden, sind zwar die unglossirten Novellen noch immer ungültig, die übrigen unglossirten Stücke aber sind jetzt gültig (S. 199. 200.). Dagegen haben auch noch jetzt „die sogenannten leges restitutae keine practische Anwendbarkeit" (S. 201), so daß hierin kein alter und neuer Brauch unterschieden wird. Er hat also das Originelle, daß er die unglossirten Stücke von den restituirten unterscheidet. Beide sind aber in der That von einander gerade so verschieden, wie die Digesten von den Pandekten.

gewiß nicht gefehlt; wären nun z. B. damals die Digesten unvollständig geblieben, und hätte man etwa das Infortiatum im sechszehnten Jahrhundert erst gefunden, so würde dessen Reception schwerlich gefehlt haben. Aber bey den damals restituirten Stellen, einzelnen Gesetzen, zum Theil von zweydeutigem oder völlig verwerflichem Inhalt, fehlte ein solcher Beweggrund gänzlich, auch hat sich nie eine öffentliche Meynung für deren Reception im Ganzen ausgesprochen. Es kann also nur noch die Frage seyn, ob vielleicht einzelne Stellen dieser Art, etwa ihres vorzüglichen Inhalts wegen, besonders recipirt worden sind. Dieses ist namentlich behauptet worden für die L. 4 C. de in jus vocando (von Cujacius restituirt), worin die Verletzung der Litispendenz mit dem Verlust der Klage bedroht wird; diese Stelle wird namentlich in einem reichsgerichtlichen Erkenntniß angeführt und einer Strafdrohung zum Grunde gelegt (k). Allein wenn dies nicht etwa aus blo-

(k) Ein solches Mandat erkannte am 23. Dec. 1650 das Reichskammergericht in Sachen Waldeck c. Paderborn und consortes, die Grafschaft Piermont betreffend. Es ist vollständig abgedruckt bey Er. Mauritius de judicio aulico § 14 (Kilon. 1666 und in dessen Dissert. et opusc. Argent. 1724. 4. p. 337). Die hierher gehörende Stelle lautet so: „Wir heischen und laden.... zu sehen und zu hören, Deine Andacht und Euch um dero ungehorsams und obbesagter Thätigkeiten wie auch überfahrungs willen, in die Poen. l. ult. § ult. C. de in jus voc. gefallen seyn, mit Urtheil und Rechtsprechen erkennen und erklären." — Manche Schriftsteller reden von dieser Sache so, als ob solche Erkenntnisse in Menge von den Reichsgerichten ausgegangen wären, z. B. Andler jurisprud. qua publ. qua privata Solisbaci 1672. 4. p. 434. Pütter de praeventione § 19. 90. 135. Geht man aber auf den Grund, so findet sich auch nicht ein einziges

ßem Versehen geschah, wogegen doch auch die Reichsgerichte nicht privilegirt waren (l), so ließe es sich wohl erklären, daß den Reichsgerichten ein Gesetz willkommen gewesen wäre, wodurch sie das Ansehen ihrer höchsten Gerichtsbarkeit strenger handhaben konnten; der Satz wäre darum doch nicht in den gemeinen Deutschen Prozeß übergegangen. Ganz irrig wird die Autorität des Pfälzischen Oberappellationsgerichts angeführt, welches die (restituirte) L. 12 C. de aedificiis privatis einem Urtheil zum Grund gelegt haben soll, da doch die Gründe des Urtheils bestimmt die Gesetzeskraft jener Stelle verneinen (m). Kann

Präjudiz außer dem hier angeführten von 1650.

(l) Ein solches Versehen möchte man wohl annehmen nach der Art, wie sich darüber erklärt Uffenbach de consilio aulico C. 12. p. 155 „additur interdum citatio ad videndum se incidisse in poenam L. ult. C. de in j. voc.... Et quamvis *quod pauci hactenus observarunt*, praedicta L. ult. non authentica sed a Cujacio restituta, *consequenter spuria sit*, et hinc adeo secure cum illa neutiquam navigari videatur, hoc tamen non obstante Dn. ab Andler quotidianam praedictae L. ult. praxin confirmat" etc.; nun kommt dafür als Beweis lediglich das in der vorigen Note angeführte Mandat von 1650. — Man kann nun wohl von der Meynung des Dabelow (Note i) so viel zugeben, daß der verbreitete Gebrauch vollständigerer Ausgaben leicht ein solches Versehen herbeyführen konnte, welches früher gar nicht möglich war; nur entsteht auf diesem Wege kein wahrer und allgemeiner Gerichtsgebrauch, also auch kein gemeines Recht.

(m) J. W. Textor decisiones electorales Palatinae Francof. 1693. 4. Decisio XX. Allerdings hatte sich der Kläger auf jene lex restituta berufen (p. 78), aber der Gerichtshof behauptet p. 81. 82. ganz bestimmt die gänzliche Ungültigkeit dieser und jeder anderen lex restituta, wo nicht irgend ein darin enthaltener Satz durch specielles Gewohnheitsrecht recipirt sey. Dieses letzte könnte höchstens der Fall gewesen seyn bey dem Urtheil des Reichskammergerichts in Sachen Waldeck c. Paderborn (s. o. Note k). — Es ist ganz un-

nun nach diesen Gründen von der aufgestellten Gränze des recipirten Rechts Nichts aufgegeben werden, so ist dagegen der wissenschaftliche Gebrauch der restituirten Stellen (welcher mittelbar auch auf die Ausbildung des praktischen Rechts Einfluß haben kann) auf keine Weise zu bestreiten; dieser ist eben so unzweifelhaft, als der wissenschaftliche Gebrauch der Stellen über antiquirte Rechtsinstitute (z. B. die Sklaverei), so wie der vorjustinianischen Rechtsquellen. Nur ist er durch die Natur ihres Inhalts weit beschränkter und unbedeutender. Gajus und Ulpian geben uns Licht über Vieles, das uns sonst in den Digesten dunkel bleiben würde; jene restituirte Stellen dagegen sind einzelne abändernde Gesetze, die auf das übrige Recht kein neues Licht werfen, und wobei es nur darauf ankommt, ob sie unmittelbar angewendet werden sollen oder nicht. So z. B. bey der L. 22 C. de fide instrum. kann nur die Frage seyn, ob eine Prozeßpartei zu verlangen befugt ist, daß ein Dritter ihr Urkunden mittheile oder nicht; eben so bey Nov. 121. 138. wegen der Berechnung der Zinsen über das Doppelte. Das unabhängig von diesen Gesetzen geltende frühere Recht wird durch sie um gar Nichts deutlicher. Dagegen kommt wohl der

begreiflich, wie Beck de novellis Leonis § 48 das Pfälzische Urtheil anführen, und dabey von der L. 12 C. cit. sagen kann: excitatam tamen pariter ad causae definitionem in supremo appellationis judicio Palatino ... docet J. W. Textor. Diese Worte muß Jeder so verstehen, als hätte der Gerichtshof das Gesetz seiner Entscheidung zum Grunde gelegt, der doch gerade das Gegentheil sagt.

Fall vor, daß über eine Rechtsfrage widerstreitende Stellen der Digesten vorliegen, und daß über dieselbe Frage eine nicht glossirte Novelle von Justinian sich ausspricht. Wenngleich diese nicht die Kraft eines Gesetzes hat, so ist ihr dennoch die einer höchst wichtigen Autorität nicht abzusprechen, und so wird auch von praktischen Schriftstellern mit Recht Rücksicht auf unglossirte Novellen genommen (n).

Finden sich nun aber auch einzelne Urtheilssprüche, worin restituirte Stücke des Justinianischen Rechts gerade zu als Gesetze angewendet seyn mögen, so ist doch einleuchtend, daß durch so seltene und vereinzelte Entscheidungen das hier aufgestellte Princip weder aufgehoben, noch auch nur zweifelhaft gemacht seyn kann, da die Wahrheit desselben im Allgemeinen von Theoretikern und Praktikern aller Jahrhunderte stets anerkannt worden ist.

Außer dem Römischen Recht kommt hier als Gesetz in Betracht das canonische Recht, insofern es Römische Rechtsinstitute fortgebildet und modificirt hat. Denn auch dies hat eine gleich allgemeine Europäische Anerkennung gefunden, wie das Römische. Jedoch läßt sich diese Anerkennung mit Sicherheit nur von folgenden Samm-

(n) Dahin gehört die unglossirte Nov. 162, s. u. § 164. — Der hier anerkannte blos wissenschaftliche Gebrauch der Rechtsquellen vor und nach Justinian, läßt sich noch durch zwey völlig passende Analogieen erläutern. Dieselbe Art des Gebrauchs nämlich muß behauptet werden für die altdeutschen Rechtsquellen in den Ländern des gemeinen Rechts; eben so aber auch für das Römische Recht in den mit neuen Gesetzbüchern versehenen Ländern (Preußen, Österreich, Frankreich).

lungen behaupten: von Gratians Decret, den Decretalen Gregors IX., dem Sextus, und den Clementinen (o).

Faßt man endlich das heutige Römische Recht in der besondern Gestalt auf, die es als gemeines Recht des Deutschen Reichs angenommen hat, so gehören unter die darin anwendbaren Gesetze auch die Reichsgesetze, insoweit darin Institute des Römischen Privatrechts modificirt worden sind. Diese Modificationen aber sind in ihrem Umfang noch um Vieles unbedeutender, als die im canonischen Recht begründeten.

§. 18.

B. Gewohnheitsrecht.

Es ist ferner zu zeigen, welche Stelle das oben im Allgemeinen dargestellte Volksrecht oder Gewohnheitsrecht (§ 7. 12) unter den Quellen des heutigen Römischen Rechts einnimmt.

Als Justinian zur Regierung kam, war das ursprüngliche Römische Volksrecht in dieser Form schon längst nicht mehr sichtbar. Der wichtigste Theil desselben war schon zur Zeit der Republik in Volksschlüsse oder Edicte übergegangen, und was daneben noch als freies Gewohnheitsrecht übrig blieb, nahm die juristische Literatur in sich

(o) Eichhorn Kirchenrecht I S. 349—360. Bestritten ist daneben die Reception der beiden Extravagantensammlungen; allein gerade für die hier allein in Frage stehenden Modificationen des Römischen Privatrechts sind diese nicht von Wichtigkeit, so daß für unsern Zweck die Streitfrage gleichgültig ist.

auf, so daß es nur noch als wissenschaftliches Recht erschien. Nach dem Erlöschen der Literatur aber fehlte es meist an der frischen nationalen Kraft, die zu neuer Rechtsbildung erfordert wird; und wenn auch zu Zeiten ein äußeres Bedürfniß dazu antrieb, so bedurfte es doch fast immer der kaiserlichen Gesetzgebung, um dem neuen Rechtsinstitut eine bestimmte Gestalt zu geben (a). Es war also kaum denkbar, daß neben den Justinianischen Rechtsbüchern noch freyes Gewohnheitsrecht als gemeines Römisches Recht hätte fortdauern mögen, da alles Bedeutende, was auf diesem Wege vormals entstanden war, unfehlbar in den Digesten oder dem Codex seine Stelle gefunden hatte. Dagegen konnte vieles partikuläre Gewohnheitsrecht neben dieser allgemeinen Gesetzgebung bestehen, ohne daß wir im Stande wären, den Umfang und die Wichtigkeit desselben auch nur vermuthungsweise zu bestimmen. — Unter Justinians Nachfolgern mußte bey ähnlichen Bedingungen dasselbe Verhältniß um so mehr fortdauern, als seine Gesetzgebung die letzte große Anstrengung dieser Art gewesen war, und nach ihm die Kraft der Rechtsbildung immer mehr verschwand.

Ein ganz anderer Zustand trat ein, als im erneuerten Europa das Römische Recht bey Nationen Eingang fand, in welchen es nicht entstanden war. Damals waren auch diese schon in Verhältnisse eingetreten, in welchen die Ent-

(a) Das sogenannte peculium adventitium und die donatio propter nuptias können als erläuternde Beyspiele dienen.

stehung eines allgemeinen Gewohnheitsrechts Schwierigkeit fand, vorzüglich eines solchen, wodurch das ihnen fremde Römische Recht ergänzt und fortgebildet werden sollte. Dennoch traten daneben auch Umstände ein, die einem solchen allgemeinen Gewohnheitsrecht günstig waren. Durch das aufgenommene fremde Recht war in ihnen ein künstlicher und verwickelter Rechtszustand erzeugt worden, der nur durch manche neue vermittelnde Rechtsbildung ausgeglichen werden konnte. Dieses Bedürfniß konnte durch eine einsichtsvolle, thätige Gesetzgebung befriedigt werden, wenn eine solche nach dem Character jener Staaten möglich gewesen wäre. Da sie fehlte, konnte nur durch Gewohnheitsrecht geholfen werden, dessen Entstehung allerdings durch die frische, jugendliche Kraft der Nationen begünstigt wurde. Allein die besondere Art, wie das Bedürfniß entstanden war, mußte auch diesem Gewohnheitsrecht selbst einen eigenthümlichen Character geben. Es war nicht in dem Maaße, wie anderes Volksrecht, Gemeingut der ganzen Nation, sondern es nahm gleich Anfangs eine wissenschaftliche Natur an, wie dieses sogleich genauer entwickelt werden wird (§ 19).

Der größte und merkwürdigste Act eines allgemeinen Gewohnheitsrechts in diesem Anfang der neuen Zeit war eben die Reception des Römischen Rechts selbst, und zwar in den bestimmten Gränzen, welche bereits angegeben worden sind (§ 17). Diese Reception aber hatte eine verschiedene Bedeutung in verschiedenenen Nationen des neueren

Europa, so daß die daraus hervorgehende Neuerung des Rechtszustandes in sehr verschiedenen Graden fühlbar werden mußte. In Italien war das Justinianische Recht niemals verschwunden: neu war also hier nur theils dessen Wiederbelebung, theils die eigenthümliche und bestimmte Begränzung, in welcher es nunmehr anerkannt wurde. In Frankreich war zwar auch das Römische Recht nicht verschwunden, aber die besondere Gestalt desselben in der Justinianischen Gesetzgebung war hier schon völlig neu. Weit fühlbarer aber mußte jene Reception in Deutschland werden, wo das Römische Recht selbst ein ganz neues, bisher unbekanntes Rechtselement war: freylich den neu entstandenen Lebensverhältnissen angemessen, da es nur dadurch Eingang finden konnte. Gerade hier nun ging ein langer und lebhafter Widerstreit der entschiedenen Reception vorher, und dadurch wurde diese Einwirkung des Gewohnheitsrechts sowohl vorbereitet, als constatirt. — Aber nicht blos die Aufnahme des Römischen Rechts an sich muß als entschiedener Einfluß des Gewohnheitsrechts unsere ganze Aufmerksamkeit auf sich ziehen, sondern eben so und fast noch mehr die bestimmte Art und Begränzung, in welcher diese Aufnahme Statt fand (§ 17), indem daraus hervorgeht, daß dieselbe von einem klaren Bewußtseyn begleitet war, und nicht etwa als das Werk eines gedankenlosen Zufalls betrachtet werden darf. Auch darf diese in bestimmter Art vollzogene Aufnahme nicht als etwas Augenblickliches und sogleich völlig Abgeschlossenes betrachtet

werden, indem sie vielmehr theilweise erst allmälig zu vollendeter Entwicklung kam. Dieses gilt namentlich von der materiellen Begränzung, durch welche ein bedeutender Theil des Inhalts des Römischen Rechts von der Reception ausgeschlossen ist. — In dieser großen Erscheinung eines allgemeinen Gewohnheitsrechts, in vielen Staaten gleichmäßig (wenngleich nicht zu derselben Zeit) vorkommend, offenbart sich zugleich die eigenthümliche Natur der ganzen neuern Zeit. Diese Staaten nahmen im Ganzen ein Recht auf, das nicht in ihnen, sondern in einem fremden Volke entstanden war, in einem Volke, mit welchem einige unter ihnen nicht einmal Stammverwandtschaft hatten. Es zeigt sich hierin, daß die neueren Nationen nicht in dem Maaße wie die alten, zu einer abgeschlossenen Nationalität berufen waren, daß vielmehr der gemeinsame christliche Glaube um sie alle ein unsichtbares Band geschlungen hatte, ohne doch die nationale Eigenthümlichkeit aufzuheben (b). Hierin liegt der große Entwickelungsgang der neueren Zeit, deren letztes Ziel vor unsren Augen noch verborgen ist.

Neben dem allgemeinen aber kam stets auch ein particuläres Gewohnheitsrecht in der neueren Zeit vor, und dessen Entstehung in engeren Kreisen hatte, eben so wie vormals im Römischen Staate, weit geringere Schwierigkeit. Es konnte in diesen engeren Kreisen durch ein

(b) Savigny Geschichte des R. R. im Mittelalter B. 3 § 33.

wahrhaft gemeinsames Rechtsbewußtseyn, also auf rein volksmäßige Weise, entstehen, ohne erst durch Wissenschaft vorbereitet und vermittelt zu seyn. In diesem partikulären Gewohnheitsrecht haben sich besonders die ursprünglich Germanischen Rechtsverhältnisse des ländlichen Grundbesitzes (Lehen, Stammgüter, Bauergüter) nebst dem damit zusammenhängenden Erbrecht auf die ausgedehnteste Weise erhalten und fortgebildet; Verhältnisse, die über die Dauer des einzelnen Menschenlebens hinauszureichen bestimmt sind, und die in zahlreichen Ständen mit dauernden und gleichartigen Sitten und Beschäftigungen zusammen zu hängen pflegen. Auf ähnliche Weise zeigt es sich in den Städten, daß die Gemeinschaft gewerblicher Verhältnisse bey Kaufleuten und Handwerkern überall besondere Gewohnheitsrechte hervorgetrieben hat, welche besonders auch die Erbfolge (durch Gütergemeinschaft in mancherley Formen) modificirten; jedoch blieb hier daneben ein freyerer Raum für die Anwendung des Römischen Rechts. Dagegen findet sich eine weit beschränktere Einwirkung partikulärer Gewohnheiten auf die schon im Römischen Recht vorkommenden Rechtsinstitute, unter welchen nur wenige, durch das täglich wiederkehrende gleichförmige Bedürfniß, neue Bestimmungen auf dem Wege der Gewohnheit erhielten, wie z. B. das Baurecht im Verhältniß zu den Hausnachbaren, das Recht der Miethwohnungen, und das Dienstbotenverhältniß. So ist also das partikuläre Gewohnheitsrecht stets sehr wichtig geblieben für das ursprüng-

lich Germanische Recht, wenig wichtig für die Fortbildung des Römischen Rechts (c).

Und dieses zwiefache Gewohnheitsrecht, allgemeines und partikuläres, ist nicht blos für die Vergangenheit als eine Quelle des heutigen Römischen Rechts, neben den Gesetzen, anzuerkennen, sondern es kann auch eben so in der Zukunft, als dasselbe fortbildend, vorkommen.

Auch müssen wir ihm in dieser besonderen Anwendung dieselbe Natur zuschreiben, welche oben für das Gewohnheitsrecht im Allgemeinen geltend gemacht worden ist. Es entsteht also gleichfalls durch die Gemeinschaftlichkeit der Überzeugung, nicht durch den Willen der Einzelnen, deren Gesinnungen und Handlungen blos als Kennzeichen jener Gemeinschaftlichkeit angesehen werden dürfen. Die Sitte und Übung, das was wir eigentlich Gewohnheit nennen, ist daher der Hauptsache nach für uns ein Mittel der Erkenntniß, nicht für jenes Recht selbst Grund der Entstehung. Sehen wir endlich auf die Wirksamkeit desselben im Verhältniß zu den Gesetzen, so müssen wir diesen Rechtsquellen völlige Gleichheit zuschreiben. Gesetze also können durch neueres Gewohnheitsrecht nicht nur ergänzt und modificirt, sondern auch außer Kraft gesetzt werden (§ 13), und zwar ohne Unterschied, es mag das Gewohnheitsrecht lediglich das Gesetz entkräften, oder

(c) Sehr gute Bemerkungen über das Materielle dieses Gegensatzes finden sich in: Götze Provinzialrecht der Altmark. Motive. I. S. 11—13.

selbst wieder eine neu erzeugte Regel an dessen Stelle setzen (d).

§. 19.

C. Wissenschaftliches Recht.

Im alten Rom hatte das Volksrecht, in früher Gemeinschaft mit Gesetzgebung, eine höchst bedeutende und eigenthümliche Rechtsbildung hervorgebracht, lange ehe man an eine Rechtswissenschaft dachte. Als aber wissenschaftliches Leben überhaupt in der Nation aufging, wendete sich dieses natürlich auch auf das Recht, worin es einen eben so würdigen, als ächt nationalen Stoff bereits vorfand. Der Juristenstand, der sich nun bildete, wurde zugleich größtentheils der Träger des Volksrechts, dessen schaffende Kraft in seiner ursprünglichen Form nur noch seltener sichtbar hervortrat. War also die Rechtswissenschaft zwar ein Zweig des allgemeinen, in der Nation entstandenen wissenschaftlichen Lebens, so hatte sie doch einen ganz eigenthümlichen Entwicklungsgang. Sie kam langsamer als andere Wissenschaften zu derjenigen Reife, die ihnen überhaupt unter den Römern beschieden war, und sie erreichte den Gipfel ihrer Vollendung zu einer

(d) Die Bedeutung und Wichtigkeit dieser sehr abstract erscheinenden Sätze wird erst unten (§ 28 fg.) aus den entgegengesetzten Meynungen neuerer Schriftsteller klar werden. Eben dahin verweise ich die genauere Feststellung der Bedingungen eines wahren Gewohnheitsrechts, die schon hier ihre Stelle finden würden, wenn es nicht wegen der sehr verbreiteten Irrthümer der neueren Rechtslehrer gerathener wäre, die wahren Bedingungen in Verbindung mit diesen Irrthümern, und im Gegensatz derselben, kritisch festzustellen.

Zeit, worin Wissenschaft und Kunst im Allgemeinen schon sichtbar im Verfall waren. Diese Abweichung in den Bildungsperioden aber brachte der Römischen Rechtswissenschaft großen Vortheil, indem ihre langsamere Entwicklung zugleich gründlicher und eigenthümlicher war, wodurch ihr ein bleibender Einfluß auf fremde Nationen und spätere Zeitalter gesichert wurde, wie ihn die Römer in keinem andern wissenschaftlichen Kreise erlangt haben. Diese Entstehung der Rechtswissenschaft in Folge eines allgemeinen wissenschaftlichen Triebes der Nation gehörte mit zu der natürlichen, von fremden und zufälligen Einflüssen nicht gestörten Entwicklung, wodurch sich überhaupt die Römer in ihrer Rechtsgeschichte vor anderen Nationen auszeichnen. — Von der Art, wie die Römischen Juristen auf die Fortbildung des Rechts einwirkten (nicht auf die bloße Erkenntniß desselben), wird es uns schwer eine richtige Vorstellung zu erlangen, weil es so natürlich ist, die Anschauung unsrer Zustände unvermerkt in jene durchaus verschiedene Zeit hinein zu tragen. Bey den Römern hatten die Juristen eine sehr ausgezeichnete Stellung durch die freye, blos wohlthätige Übung ihres Berufs, durch ihre mäßige Zahl, großentheils auch durch ihren Geburtsstand. Sie lebten meist zusammen in der Hauptstadt der Welt, in der Nähe der Prätoren, später der Kaiser, also auch mit unausbleiblichem Einfluß auf diese. Nichts war natürlicher, als daß die gemeinsamen Meynungen dieses Standes die Fortbildung des Rechts großentheils bestimm-

ten, und jeder Einzelne unter ihnen, besonders der durch Geist Ausgezeichnete, hatte an dieser unsichtbaren Macht einen namhaften Antheil. Bey uns heißt Jurist ein Jeder, der Rechtswissenschaft studirt hat, um sie als Richter, Sachwalter, Schriftsteller, Lehrer zu üben, also fast immer um einen einträglichen Lebensberuf damit zu verbinden. Diese Juristen sind verbreitet über ganz Deutschland, in ungeheurer Anzahl, und sie bilden eine höchst gemischte Gesellschaft in der mannichfaltigsten Abstufung des innern Werthes. Natürlich ist hier die Einwirkung sehr viel unbestimmter und massenhafter, es gehört längere Zeit dazu, ehe eine gemeine Meynung zu entschiedener Anerkennung gelangt, und es muß weit mehr vom Zufall abhängig seyn, wie gerade eine eigenthümliche Bildungsweise oder Ansicht hier oder dort zu einem Einfluß auf die Gesetzgebung, und durch diese auf die Fortbildung des Rechts kommt.

Einen ganz anderen Zustand, als im alten Rom, finden wir im Mittelalter, als das Römische Recht von einem großen Theil der Europäischen Staaten aufgenommen wurde. Diese Aufnahme erzeugte einen künstlichen Rechtszustand (§ 18), dessen Schwierigkeiten nur durch einen höheren Grad von Rechtskenntniß, als sie im Gemeingut der Nation denkbar ist, erworben werden konnte. Durch dieses Bedürfniß entstand eine juristische Schule und Literatur, ohne durch die allgemeine Bildungsstufe der Völker hervorgerufen zu seyn(a). Auch hier also, wie im alten

(a) Savigny Geschichte des R. R. im Mittelalter B. 3 § 32.

Rom, hatte die Rechtswissenschaft ihre eigenthümlichen, von den allgemeinen abweichenden Bildungsperioden, nur hier in umgekehrter Ordnung. Denn anstatt daß in Rom die höchste Blüthe der Rechtswissenschaft später eintrat, als die der anderen Wissenschaften, entstand im Mittelalter die Rechtswissenschaft weit früher, als das allgemeine wissenschaftliche Leben der Völker erwachte. Die Einsamkeit, in welcher sie sich deshalb lange Zeit hindurch befand, erhöhte sehr die Schwierigkeit ihres Daseyns, und machte ihr nach manchen Seiten hin eine vollendete Ausbildung unmöglich. Allein die höhere Anstrengung, wozu die Glossatoren dadurch genöthigt wurden, gab ihrer Arbeit einen ernsten und würdigen Character, und der bedeutende Erfolg, der dieser Arbeit unter so schwierigen Umständen dennoch zu Theil ward, nimmt noch jetzt unsere Bewunderung in Anspruch (b).

In dieser Lage war das Volksrecht, soweit es sich nicht auf engere Kreise beschränkte, gleich Anfangs mit dem wissenschaftlichen Recht identisch, so daß es außer demselben gar nicht wirksam wurde, und das praktische Bedürfniß des Volks nur in der Wissenschaft seinen Ausdruck und seine Befriedigung fand (§ 18). Dadurch bekam die Rechtswissenschaft selbst einen eigenthümlichen Character, und es war diesem Zustand angemessen, daß in der Beschäftigung der Rechtsgelehrten Theorie und Praxis innig verbunden blieben, wie denn auch nicht selten

(b) Savigny a. a. O. B. 5 S. 215.

die Rückwirkung der Praxis dazu gedient hat, die Theorie vor gänzlichem Versinken zu bewahren (c). — In den nachfolgenden Jahrhunderten hat zwar die Rechtswissenschaft verschiedene Bildungsstufen durchlaufen, und sehr wechselnde Schicksale gehabt. Allein ihr allgemeines Verhältniß zu der Rechtserzeugung selbst ist dasselbe geblieben, wie es so eben für die Zeit des Mittelalters dargestellt worden ist.

Die Erzeugnisse der geistigen Thätigkeit, die seit der Aufnahme des Römischen Rechts auf dasselbe gerichtet war, sind jedoch von so ungeheurem Umfang, und der Art nach so mannichfaltig, daß es einer besonderen Untersuchung bedarf, in welchem Sinn dieselben unter die Rechtsquellen gerechnet werden dürfen, und wie wir uns dazu zu verhalten haben. Wir können zu diesem Zweck alle vor uns liegende Arbeit der Rechtsgelehrten in zwey große Massen zerlegen, theoretische und praktische Arbeit. Diese Ausdrücke aber, in welchen derselbe Gegensatz oft von sehr verschiedenen Seiten aufgefaßt wird, bedürfen einer genaueren Bestimmung.

Theoretisch nenne ich hier jede rein wissenschaftliche Forschung, mag sie nun auf Feststellung des Textes der Quellen, oder auf Erklärung derselben, oder auf ihre Verarbeitung zu Resultaten eines Rechtssystems, oder auf die innere Vollendung dieses Systems gerichtet seyn. Dadurch

(c) Savigny a. a. O. B. 6 S. 20.

wird kein neues Recht erzeugt, sondern nur das vorhandene Recht zu reinerer Erkenntniß gebracht, und insofern kann diese Arbeit zunächst nicht unter die Rechtsquellen gezählt werden. Dennoch nimmt sie als eine große Autorität eine ähnliche Natur an. Denn obgleich für Jeden, der eine solche Arbeit selbstständig prüfen will, die Freyheit des Urtheils nicht beschränkt ist, mögen auch noch so viele Schriftsteller in einer neu aufgestellten Meynung übereinstimmen, so giebt es doch stets eine eben so zahlreiche als ehrenwerthe Klasse von Rechtsbeamten, die auch bey gründlicher Vorbildung nicht mehr in der Lage sind, eine eigene, unabhängige Kritik auf die neue Meynung zu verwenden, und dadurch zu einer selbstständigen Überzeugung zu gelangen. Für diese wird es nicht nur natürlich, sondern selbst löblich und wünschenswerth seyn, daß sie jene Autorität unbedingt befolgen. Es geschieht also nicht im Interesse der Bequemlichkeit, daß dieses Verfahren hier empfohlen wird, sondern im Interesse der Sicherheit des Rechts selbst. Denn diese kann unmöglich dabey gewinnen, wenn ein Richter, ohne die Möglichkeit eines umfassenden Studiums, ein eigenes Urtheil über jede einzelne Rechtsfrage zu bilden versucht, welches durch die Einseitigkeit seiner Entstehung von sehr zufälligem und zweifelhaftem Erfolg seyn wird. Vorzüglich aber kann dieses Princip allein der Gefahr vorbeugen, daß Richter von einiger Regsamkeit durch den oberflächlichen Schein irgend einer neuen Lehre hingerissen werden

zum größten Nachtheil der Rechtspflege (d). Findet sich einmal ein eigentlicher Gelehrter auf dem Richterstuhl, so soll diesem damit das Recht nicht abgesprochen werden, seine wohl begründete und geprüfte Überzeugung auch in der Rechtspflege geltend zu machen. — Woran nun das Daseyn einer solchen wahren und guten Autorität zu erkennen ist, das läßt sich freylich nicht durch eine äußere, formelle Regel bestimmen. Auf die Zahl der übereinstimmenden Schriftsteller kann es nicht ankommen, noch weniger kann bey fortdauerndem Streit an eine Stimmenzählung gedacht werden. Alles hängt vielmehr davon ab, daß diejenigen Rechtslehrer, die im Ruf besonnener und gründlicher Forschung stehen, in einer solchen Meynung übereinstimmen, daß also von Keinem derselben ein scheinbar bedeutender, mit Gründen unterstützter Widerspruch fortdauernd erhoben worden ist. Natürlich wird dieses nur angenommen werden können, wenn die neue Meynung einige Zeit hindurch Gegenstand der öffentlichen Prüfung war, obgleich es Niemand unternehmen wird, dafür eine bestimmte Zahl von Jahren festzustellen. In diesem relativen Sinn also kann selbst eine theoretische Arbeit unter die Rechtsquellen gezählt werden, indem derselben unter jenen Bedingungen eine gewisse wohlbegründete Herrschaft zugeschrieben werden muß. Als Beyspiel mag hier die

(d) Über den Werth und das Wesen der Autorität in der Rechtspflege vrgl. den trefflichen kleinen Aufsatz von Möser, patriotische Phantasieen I N. 22.

Lehre von den zwey Graden der Culpa dienen, die in unsren Tagen eben so allgemein Anerkennung gefunden hat, als vorher und sehr lange Zeit hindurch die Lehre von drey Graden für wahr gehalten wurde. Es geht aber aus der Natur der hier beschriebenen Autorität hervor, daß dieselbe niemals als etwas abgeschlossenes und unabänderliches betrachtet werden kann, indem eine künftige noch tiefer gehende Forschung die jetzt angenommene Meynung abermals modificiren kann, und dann natürlich kein geringeres Recht in Anspruch zu nehmen hat, als ihrer Vorgängerin bisher zuerkannt wurde.

§. 20.

Wissenschaftliches Recht. Fortsetzung.

Als praktische Arbeit dagegen bezeichne ich hier jede Forschung, welche nicht auf den Inhalt der Quellen für sich beschränkt ist, sondern zugleich das Verhältniß dieses Inhalts zu dem lebendigen Rechtszustand, in welchen sie eingreifen sollen, also den Zustand und das Bedürfniß der neueren Zeit, ins Auge faßt. Welche äußere Veranlassung solche Forschung hat, kann dabey als gleichgültig oder untergeordnet betrachtet werden: ob die Mittheilung des gewonnenen Resultats durch Lehre und Schrift, oder aber das Bedürfniß der Entscheidung eines entstandenen Rechtsstreits. In beiden Fällen also ist diese Forschung Organ des Gewohnheitsrechts, und zugleich ein Stück des wissenschaftlichen Rechts, indem bey gelehrten und besonders

bey collegialisch gebildeten Gerichten jede Entscheidung einen wissenschaftlichen Character an sich trägt (§ 14). Es bewährt sich also hierin die wesentliche Identität des Gewohnheitsrechts mit dem wissenschaftlichen Recht, welche oben als ein besonderer Charakter der neueren Jahrhunderte angegeben worden ist. Unter die praktischen Arbeiten in diesem Sinn rechne ich demnach eben sowohl dogmatische Schriften, wenn sie diese bestimmte Richtung in sich aufgenommen haben, als Sammlungen von Consilien, Responsen und Urtheilen, mögen diese nun von einzelnen Rechtslehrern, oder von Rechtscollegien, z. B. von Juristenfacultäten oder Obergerichten herrühren. Indem aber hier die praktischen Arbeiten der Schriftsteller den theoretischen entgegengesetzt werden, ist dieses keinesweges so gemeynt, als ob jedes einzelne Werk einer dieser Klassen ausschließend angehören müßte. Sehr viele werden den theoretischen und den praktischen Charakter zugleich an sich tragen, meist mit einem überwiegenden Antheil des einen, vielleicht selbst mit gleicher Kraft in beiden Gebieten wirkend.

Bey den praktischen Arbeiten entsteht, so wie oben bey den theoretischen, die Frage, woran wir das Gültige und Ächte zu erkennen haben, um es auf sichere Weise vom Ungültigen und Unächten unterscheiden zu können. Diese Frage hat hier eine noch weit höhere Wichtigkeit, und bedarf deswegen einer genaueren Erörterung.

Wenn man einem des Rechts Unkundigen einen Streit

zur Entscheidung vorlegt, so wird er meist nach einem verworrenen Totaleindruck urtheilen, und doch vielleicht bey gesundem Verstand und entschiedenem Character, seiner Sache sehr gewiß zu seyn glauben. Es wird aber sehr zufällig seyn, ob ein Zweyter, von ähnlichen Eigenschaften, dieselbe Entscheidung oder die entgegengesetzte geben wird. Die Wissenschaft nun soll die Rechtsverhältnisse und die Regeln der Entscheidung individualisiren und sondern, um dadurch jene Verworrenheit in Klarheit zu verwandeln, und die aus ihr entspringende Unsicherheit und Zufälligkeit der Entscheidungen wegzuräumen. Hierin bewährt sich die große Meisterschaft der Römischen Juristen, welche freylich durch eine sehr bestimmte Terminologie, und besonders durch die genaue Bezeichnung der einzelnen Klagen unterstützt wird: jedoch wäre es ein Irrthum, diesen Vortheil als einen zufälligen anrechnen zu wollen, da er vielmehr selbst schon durch den der Nation inwohnenden rechtsbildenden Trieb hervorgebracht worden ist. Uns fehlt dieser Vortheil, und zugleich auch der noch wichtigere eines ganz einheimischen, mit der Nation aufgewachsenen Rechts: allein die Aufgabe, und die Möglichkeit ihrer Lösung ist für uns nicht minder vorhanden. Betrachten wir nun unbefangen den Umfang desjenigen, was uns als praktisches Recht, abweichend vom Römischen, aber als Umbildung Römischer Rechtsinstitute, von unsrer Vorzeit überliefert worden ist, so können wir darin zwey ganz ungleichartige Bestandtheile

unterscheiden. Ein Theil ist gesunder Natur, und beruht auf neuen Bedürfnissen, wie sie aus der Verschiedenheit der Zustände, unter andern aus dem sehr veränderten Gerichtswesen, zum Theil auch aus der durch das Christenthum großentheils umgebildeten sittlichen Lebensansicht, natürlich hervorgegangen sind: diesem müssen wir, nach den so eben entwickelten Ansichten, die Kraft und Realität eines auf dem wissenschaftlichen Wege anerkannten Gewohnheitsrechts zuschreiben. Dabey ist es auch gleichgültig, wenn vielleicht frühere Rechtslehrer den irrigen Versuch machten, solche Sätze aus dem Römischen Recht abzuleiten. Dieser Irrthum kann die Wahrheit der Sätze selbst nicht mindern: nur müssen wir uns nicht mit der Annahme täuschen, als ob hier die irrige Deduction eine bloße Form wäre. Jene Juristen meynten es damit ganz ehrlich, und wir müssen die Ergründung des wahren Römischen Rechts in solchen Fällen als wesentliches Stück unsrer Aufgabe ansehen: nicht um es aufrecht zu halten, sondern um den wahren Umfang der Neuerung festzustellen. — Ein anderer Theil dagegen ist lediglich aus der oben erwähnten characterlosen Verworrenheit, also aus mangelhafter Wissenschaft, hervorgegangen; diesen haben wir als Irrthum aufzudecken und zu verdrängen, ohne daß ihn ein langer, ungestörter Besitzstand zu schützen vermöchte: um so mehr, als sich ihm großentheils ein innerer Widerspruch, also ein logischer Grundfehler, wird nachweisen lassen. Was diese Natur an sich trägt, hat

nur den falschen Schein eines praktischen Rechts: es ist schlechte Theorie, die einer besseren Theorie jederzeit weichen muß (a). Eine kritische Scheidung dieser beiden Bestandtheile ist bisher nicht versucht worden, indem man sich meist begnügt hat, mit willkührlicher Auswahl die Zeugnisse einzelner Praktiker für oder wider die heutige Geltung irgend eines Rechtssatzes anzuführen. Im voraus eine allgemeine Regel für jene Scheidung aufzustellen, ist ganz unmöglich: vielmehr muß diese Arbeit vom Einzelnen ausgehen, wobey es einstweilen dahin gestellt bleiben mag, wie weit sich die Kritik des Einzelnen in allgemeinere Gesichtspuncte wird zusammen fassen lassen. Diese kritische Prüfung der Praxis im Einzelnen soll denn auch eine Hauptaufgabe des gegenwärtigen Werks seyn: eine Aufgabe, deren große Schwierigkeit der vielleicht sehr unvollständigen Lösung zur Entschuldigung dienen wird. Von einer andern Seite angesehen, läßt sich dieselbe Aufgabe auch so ausdrücken: in dem Römischen Recht dasjenige zu scheiden, was schon abgestorben ist, von dem was noch fortlebt, und großentheils stets fortleben wird. — Die Hauptbedingung zur Lösung dieser Aufgabe ist ein reiner, unbefangener Wahrheitssinn. Wer aus Vorliebe für das Römische Recht nur darauf ausgeht, dieses überall in seiner Reinheit wiederherzustellen, der ist dazu ungeschickt:

(a) Als erläuterndes Beyspiel für diesen Fall kann das Summariissimum dienen, so wie es in der neueren Praxis nicht selten erscheint. Vgl. Savigny Recht des Besitzes § 51 der sechsten Ausgabe.

eben so aber auch, wer seine Einbildungen der neueren Praxis unterschiebt, und ihr eine durchgeführte Selbstständigkeit andichtet, woran ihre Urheber nicht gedacht haben. Beiden ist Aberglaube vorzuwerfen: Jenem, indem er ein erstorbenes Stück der Geschichte als lebend behandelt: Diesem, indem er den eigenen Wahn als Wirklichkeit ansieht.

Derjenige Bestandtheil des praktischen Rechts, welchen ich als den gesunden bezeichnet habe, hat eine ganz andere Wichtigkeit, als welche oben der theoretischen Arbeit zugeschrieben worden ist. Er wirkt nicht blos als eine Achtung gebietende Autorität, sondern er schließt in Wahrheit neu gebildetes Recht in sich. Dennoch können wir auch ihm kein abgeschlossenes, unabänderliches Daseyn zuerkennen. Zwar auf dem Wege einer blos theoretischen Prüfung, indem einem solchen Satz des praktischen Rechts die Abweichung von dem quellenmäßigen Recht nachgewiesen würde, kann die Gültigkeit desselben nicht entkräftet werden, da es als wahres Gewohnheitsrecht ein selbstständiges Daseyn gewonnen hat. Das aber ist nicht zu bezweifeln, daß es auf demselben Wege, auf welchem es entstand, auch wiederum seine Gültigkeit verlieren kann.

Häufig hat man den Einfluß des praktischen Rechts noch auf ganz andere Weise aufgefaßt, indem man behauptet hat, durch mehrere gleichförmige Aussprüche eines Gerichts werde dasselbe verbunden, die von ihm befolgte

Regel nun auch in der Zukunft unabänderlich beyzubehalten (b). Das Wahre hieran ist dieses, daß in solchen Fällen das Gericht für sich selbst eine Autorität bildet, welche zu achten würdiger und wohlthätiger seyn wird, als sie in leichtsinniger Unbeständigkeit wieder aufzugeben: was also wiederum, so wie jede Gewohnheit, auf dem schon bemerklich gemachten Gesetz der Continuität beruht (§ 12. a). Wenn dagegen eine wiederholte, ernste Prüfung neue, bisher unerwogene Gründe darbietet, kann das Verlassen der früher befolgten Regel nicht getadelt werden: vorzüglich aber ist kein Grund vorhanden, dieses Verlassen durch die ganz willkührliche Annahme einer so entstandenen unabänderlichen Regel ausschließen zu wollen. — Eine etwas andere Natur hat der Einfluß der Entscheidungen eines höheren Gerichts auf die ihm untergebenen Gerichte. Denn hier wirkt nicht blos eine Achtung gebietende Autorität, sondern die dem höheren Gericht zustehende Macht, seinen Überzeugungen durch abändernde Urtheile Geltung zu verschaffen. Indem sich nun das untergeordnete Gericht in die abweichende Meynung fügt, weicht es nicht etwa einer äußeren Gewalt, sondern es geht vielmehr in den Sinn und die wohlthätige Absicht der Abstufung der Gerichte, oder des Instanzenzuges, ein.

In dieser ganzen Untersuchung sind absichtlich einige Kunstausdrücke vermieden worden, deren höchst unbestimmter

(b) Thibaut § 16, und viele frühere Schriftsteller. — Sehr gut handelt hiervon Puchta Gewohnheitsrecht II S. 111.

und schwankender Gebrauch viel zu der in diesem Gebiet herrschenden Verwirrung der Begriffe beygetragen hat. Es wird jetzt genügen, ihre verschiedene Bedeutung bey neueren Schriftstellern, so wie ihr Verhältniß zu der hier aufgestellten Genealogie der Begriffe selbst, kurz anzugeben.

Dahin gehört zuerst der Ausdruck Gerichtsgebrauch. Man versteht darunter bald das durch Urtheilssprüche bekundete wahre Gewohnheitsrecht, bald die gleichförmigen Aussprüche eines und desselben Gerichts, welche angeblich auch für die Zukunft bindende Kraft haben. Es wäre zweckmäßig, diesen Ausdruck, so wie den Ausdruck Praxis, lediglich auf den ersten Begriff, also auf das wahre Gewohnheitsrecht, so weit es aus Urtheilen erkennbar ist, anzuwenden. — Daneben ist aber besonders gegen einen sehr häufigen und verderblichen Misbrauch dieser Ausdrücke zu warnen. Es genügt nämlich Vielen, welche einen Rechtssatz auf die Praxis gründen wollen, wenn sie die Anerkennung desselben in einzelnen Urtheilen nachweisen. Da aber die Richter eben so gut als die Schriftsteller dem Irrthum unterworfen sind, so können auch solche Urtheile aus bloßer Unkunde des Rechts hervorgegangen seyn. Auch hier also, wie bey den Schriftstellern, ist vielmehr eine allgemeinere Übereinstimmung nöthig, die durch mehrere gegen einander laufende Urtheile gänzlich ausgeschlossen wird (c).

(c) Vgl. über die Übereinstimmung der Schriftsteller § 19, und über die nicht unbedingte Tauglichkeit von Urtheilen zur Be-

Ferner gehört dahin der Ausdruck Observanz oder Herkommen, bey welchem der Sprachgebrauch noch weit schwankender ist, als bey dem vorhergehenden. Zuweilen wird er auf das Staatsrecht beschränkt, so daß er hier dasselbe bezeichnen soll, was im Privatrecht Gewohnheit heißt (d). Im Privatrecht wird er oft mit Gewohnheitsrecht ganz gleichbedeutend gebraucht, und ist dann entbehrlich und besser zu vermeiden (e). Der bestimmteste Gebrauch des Worts ist wohl der, nach welchem es zwar ein Gewohnheitsrecht bezeichnet, aber nur das partikuläre Gewohnheitsrecht einer begränzten Klasse von Personen, z. B. eines bestimmten Standes, oder auch der Mitglieder einer Corporation (f). Es ist blos eine Modification dieser Bedeutung, wenn unter jenem Ausdruck ein stillschwei-

gründung eines Gewohnheitsrechts § 29 Num. 4. — Man muß daher sehr mistrauisch seyn gegen die beliebte Formel: Praxin testantur etc.

(d) Pütter inst. jur. publ. § 44.

(e) Hofacker § 127. Thibaut § 16. — So auch in einigen Stellen der Rechtsquellen. § 7 *J. de satisd.* (4.11.) „cum necesse est omnes provincias... regiam urbem ejusque observantiam sequi." — *L.* 2 § 24 *de O. J.* (1. 2) „vetustissima juris observantia." *Clem.* 2 *de appell.* (2.12.) „antiquam et communem observantiam litigantium sequi." — In andern Stellen heißt das Wort so viel als das häufigere observatio: Beobachtung oder Befolgung einer Regel, was also nicht hierher gehört. Noch weniger gehört hierher die häufigste Bedeutung des Worts bey den klassischen Schriftstellern: persönliche Ehrfurcht. Cicero de invent. II. 22. 53.

(f) Eichhorn Deutsches Privatrecht § 35. Mühlenbruch § 40. — Die persönliche Particularität, im Gegensatz der localen, ist also die Grundlage des Begriffs, so daß man wohl von einer Observanz des Adels, oder einer gewissen Klasse desselben, eines Domkapitels, einer Zunft u. s. w. sprechen kann, aber nicht von der einer Provinz oder Stadt.

gendes, durch Handlungen ausgedrücktes Statut der Corporation verstanden wird, begründet durch das ihr zustehende Recht der Autonomie (g). Dagegen ist es eine völlige Umänderung jener bestimmtesten Bedeutung des Wortes Observanz zu nennen, wenn dasselbe einen stillschweigenden Vertrag der Corporationsmitglieder bezeichnen soll (h). Auch dabey wäre es vor Allem besser, den zweydeutigen Ausdruck ganz zu vermeiden, und nur den sicheren Ausdruck des Vertrags anzuwenden. Sieht man aber genauer zu, so wird man finden, daß in den Fällen, worin gewiß die Meisten den Namen der Observanz gebrauchen mögen, doch nur Gewohnheitsrecht, nicht Vertrag, vorhanden ist, daß aber die Veranlassung, weshalb man einen Vertrag darunter denken wollte, tiefer liegt. Es giebt nämlich manche Rechtsverhältnisse, worin es in der That zweifelhaft seyn kann, ob sie einer Bestimmung durch Gewohnheitsrecht, oder vielmehr nur durch einen stillschweigenden Vertrag der einzelnen Betheiligten unterliegen. Über diesen Zweifel, oder vielleicht auch über die unklare Auffassung des Gegensatzes selbst, kam man am leichtesten hinweg durch den Gebrauch jenes schwankenden

(g) Eichhorn Kirchenrecht B. 2 S. 39—44. — Puchta Gewohnheitsrecht II S. 105, der den Unterschied der Observanz von verwandten Begriffen schärfer als alle Anderen bestimmt hat, will diesen Fall (Anwendung der Autonomie) allein als wahre Observanz gelten lassen. Auch würde der Verwirrung dieser Begriffe in der That am besten vorgebeugt seyn, wenn sich der Sprachgebrauch in der von Puchta angegebenen Weise fixiren wollte.

(h) Meurer Abhandlungen Num. 6. Hofacker § 127. Thibaut § 16. — S. dagegen Eichhorn a. a. O. S. 41.

Ausdrucks. Aber das Übel war dadurch nicht gehoben, sondern vielmehr unheilbar gemacht, indem nun die Anerkennung jenes Zweifels, und also die unentbehrliche Entscheidung über denselben, verhindert wurde.

Endlich gehört dahin auch noch der Ausdruck communis opinio, welchem man in früheren Jahrhunderten eine ungemeine Wichtigkeit beyzulegen pflegte. Man dachte darunter eine so übereinstimmende Meynung der Rechtslehrer, daß dadurch jeder Einzelne als gebunden betrachtet werden müsse, und man suchte nun, wegen der Wichtigkeit dieser Folge, den Begriff und die Bedingungen der Allgemeinheit durch formelle Regeln festzustellen, so wie es einst Valentinian III. durch ein Gesetz gethan hatte (i). Freylich befand man sich damit im Gebiet vollkommner Willkühr, und die häufig sehr seltsame Fassung der Regeln verläugnete diesen ihren Ursprung nicht. Die richtige Bedeutung einer gemeinen Meynung und ihre wahre Wirksamkeit ist bereits entwickelt worden (§ 19). In neueren Zeiten übrigens ist von diesem Kunstausdruck kaum mehr die Rede.

§. 21.

Concurrirende Rechtsquellen.

Bey der bisherigen Darstellung der Quellen des heutigen Römischen Rechts wurden dieselben, als allein vorhanden und in sich geschlossen, vorausgesetzt. Auch war

(i) Puchta Gewohnheitsrecht I S. 163.

diese Betrachtungsweise nothwendig, wenn sie rein und vollständig aufgefaßt werden sollten. Allein ein so vereinzeltes Daseyn haben sie in der Wirklichkeit in keinem der Staaten gehabt, worin sie Eingang fanden. Daher soll nun noch eine Übersicht über diejenigen ihnen fremdartigen Rechtsquellen gegeben werden, die mit ihnen in Berührung getreten sind, und mit welchen sie im Leben selbst die Herrschaft über die Rechtsverhältnisse getheilt haben.

Zuerst begegnete ihnen überall schon zur Zeit ihrer Aufnahme einheimisches Recht: namentlich also in Deutschland ursprünglich Germanisches Recht, und eben so in den meisten anderen Ländern, insbesondere in Frankreich. Das Verhältniß dieser beiden verschiedenartigen Rechte in der Anwendung auf das Leben, war zu allen Zeiten ein schwieriges und verwickeltes, und die Ausgleichung dieses Conflicts gehörte stets zu den wichtigsten Aufgaben des wissenschaftlichen Rechts, besonders in dem praktischen Theil desselben (§ 20).

Dann aber schloß sich überall eine fortgehende Landesgesetzgebung an das aufgenommene fremde Recht an, die theils durch das eben erwähnte Bedürfniß der Ausgleichung mit dem Germanischen Recht angeregt wurde, theils auch ohne Rücksicht auf diesen Conflict durch die neuere Praxis (§ 20), die in diesen Landesgesetzen häufig Anerkennung und Feststellung fand. Dahin gehört also in den einzelnen Theilen von Deutschland das ganze Ter-

ritorialrecht, welches sich bald auf ein ganzes Land, bald auf einzelne Bestandtheile desselben bezieht, und dessen Umfang und Wichtigkeit je nach den Ländern sehr verschieden ist. Auf den Gegensatz dieses Territorialrechts gründet sich der oben (§ 2) aufgestellte Begriff des gemeinen Rechts, welches überall zu jenem im Verhältniß eines Subsidiarrechts steht, so daß es nur zur Anwendung kommen kann, insofern nicht eine andere Bestimmung des Territorialrechts vorhanden ist. Dieses Verhältniß folgt natürlich, ja nothwendig daraus, daß eine solche neuere Gesetzgebung gerade durch das Bedürfniß der Fortbildung des vorhandenen Rechts entsteht, also diese Fortbildung recht eigentlich zum Zweck hat. Nur würde es unrichtig seyn, dieses Verhältniß des Subsidiarrechts so anzusehen, als ob nun im wirklichen Leben die Entscheidung streitiger Verhältnisse in der Regel durch Territorialrecht bestimmt würde, neben welchem das gemeine Recht nur in seltenen ausgenommenen Fällen zur Anwendung käme. Vielmehr ist überall die wirkliche Anwendung des gemeinen Rechts in großem Übergewicht geblieben, so lange nur der Begriff desselben überhaupt beybehalten wurde, welcher freylich überall aufgehört hat, wo neue Gesetzbücher eingeführt wurden.

In einem großen Theil von Europa nämlich sind in neueren Zeiten die Rechtsquellen durch neue einheimische Gesetzbücher wesentlich umgebildet worden. In Preußen und Österreich haben dazu nur innere, den Rechtszustand

selbst betreffende Gründe den Anstoß gegeben, in Frankreich sind dazu noch besondere politische Veranlassungen gekommen: theils die durch die Revolution bewirkte Erschütterung so vieler Rechtsverhältnisse, theils das Bedürfniß, die provinziellen Verschiedenheiten auch von dieser Seite in Vergessenheit zu bringen. Die inneren, bey allen diesen Gesetzbüchern wirksamen Gründe waren dieselben, wodurch auch schon vorher eine große Zahl einzelner Gesetze in vielen Ländern veranlaßt worden waren: man wollte die Schwierigkeiten beseitigen, welche theils durch den Conflict der Römischen und Germanischen Rechtsinstitute, theils durch die unbeholfene Theorie und die oft schwankende Praxis der letzten Jahrhunderte (§ 19. 20) entstanden waren. Diese Zwecke konnten wahrhaft nur dann erreicht werden, wenn eine Reinigung der Rechtswissenschaft von diesen Mängeln durch eine eindringende kritische Erforschung vorherging: da aber diese fehlte, und also die Abfassung der Gesetzbücher unter dem Einfluß desselben mangelhaften Zustandes der Rechtswissenschaft unternommen wurde, dem man abhelfen wollte, so konnte die Verbesserung nur eine äußerliche, zufällige und beschränkte seyn, während die innere und wesentliche Mangelhaftigkeit fixirt, und dadurch für die Zukunft die Reinigung durch die innere Kraft der Wissenschaft verhindert, oder wenigstens sehr erschwert wurde.

Der große Unterschied dieser Gesetzbücher von allen bisherigen einzelnen Gesetzen liegt in ihrer umfassenden

und in ihrer ausschließenden Natur. Sie enthalten nämlich erschöpfende, abgeschlossene Rechtssysteme. Obgleich nun z. B. im Preußischen Landrecht die Absicht gar nicht auf eine Abänderung des vorhandenen materiellen Rechts, sondern auf eine verbesserte Form desselben gerichtet war, so lag es doch in der organisch bildenden Kraft einer jeden Rechtstheorie (§ 14), daß man bald unwillkührlich über das vorgesteckte Ziel fortgerissen wurde, und so zu Resultaten kam, die gar nicht in der ursprünglichen Absicht lagen, und die, wenn man sie gleich Anfangs hätte übersehen können, über die ganze Unternehmung Bedenken erregt haben möchten. — Durch ihre ausschließende Natur gaben diese Gesetzbücher dem positiven Recht ihrer Länder eine ganz neue Basis: neu der Form nach, indem nun in ihrem Gebiet von einer unmittelbaren Anwendung des Römischen Rechts nicht mehr die Rede seyn kann: nicht neu dem Gehalt nach, indem die in den früheren Rechtsquellen wurzelnden Begriffe und Rechtsregeln auch in den neuern Gesetzbüchern fortleben. Daher ist denn auch eine gründliche Einsicht in diese Gesetzbücher nur dadurch möglich, daß ihr Inhalt auf seinen ersten Ursprung zurückgeführt wird, so daß durch dieselben ein erschöpfendes Studium der früheren Rechtsquellen um gar Nichts entbehrlicher geworden ist, wie sehr sich auch Viele mit einer solchen Erleichterung der juristischen Arbeit geschmeichelt haben mögen.

Hierin liegt denn zugleich der Grund, warum das

heutige Römische Recht zum Standpunct des gegenwärtigen Werks gewählt worden ist (§ 1). Denn da von diesem Standpunct aus sowohl eine unmittelbare Anwendung möglich wird in den Ländern, worin die früheren Rechtsquellen herrschend geblieben sind, als auch eine gründliche Einsicht in die neuen Gesetzbücher, da wo diese eingeführt wurden, so ist dieser Standpunkt überhaupt der fruchtbarste zur Belebung der juristischen Wissenschaft und der mit ihr zusammenhängenden Praxis.

§. 22.

Aussprüche der Römer über die Rechtsquellen im Allgemeinen (a).

Mit dieser Darstellung der Natur unsrer Rechtsquellen sind nun noch die Aussprüche der Römer über denselben Gegenstand zu vergleichen. Welche Bedeutung wir diesen Aussprüchen beyzulegen haben, wird erst, nachdem sie selbst zusammengestellt sind, untersucht werden können. Auch im canonischen Recht und in den Reichsgesetzen findet sich Einiges, was dahin gehört, aber so Weniges, daß es füglich als Anhang den Äußerungen des Römischen Rechts hinzugefügt werden kann.

Der Aufzählung der Rechtsquellen, wie sie sich in mehreren Stellen der Römischen Juristen findet, liegt kein bestimmter Begriff derselben zum Grund. Sie fassen vielmehr blos die Formen der äußeren Erscheinung des

(a) Puchta Gewohnheitsrecht Buch 1. Besonders Cap. 4. 5. 6.

Rechts auf, unbekümmert um das Wesen und die Herkunft ihres Inhalts, und um die Klassification derselben, welche nur aus der Verwandtschaft oder Verschiedenheit des Inhalts hervorgehen könnte. Es hat also bey ihnen diese Aufzählung, wie es ihrem praktischen Sinn ganz angemessen ist, die Natur einer Anweisung für den Richter, wohin er sich zu wenden habe, um zur Belehrung über irgend eine Rechtsfrage zu gelangen. Zu dieser äußerlichen Auffassungsweise paßt denn auch sehr gut die mehrmals vorkommende Eintheilung des Rechts in jus scriptum und non scriptum (b), welche ganz buchstäblich zu nehmen ist, und worauf übrigens die Römer selbst gar kein besonderes Gewicht gelegt haben. Jus scriptum also heißt dasjenige Recht, dessen Entstehung mit einer schriftlichen Aufzeichnung verbunden ist (c). Neuere Rechtsleh-

(b) § 3. 9. 10. *J. de jure nat.* (1. 2.), *L.* 6 § 1 *de J. et J.* (1. 1.), *L.* 2 § 5. 12. *de orig jur.* (1. 2.). — Die Stelle, die am bestimmtesten jede künstliche Deutung ausschließt, ist Cicero de partit. orat. C. 37 „sed propria legis et ea, *quae scripta sunt*, et ea quae *sine litteris*, aut gentium jure aut majorum more, retinentur."

(c) So ist das Prätorische Edict jus scriptum, auch wenn ihm altes Gewohnheitsrecht zum Grunde liegt, weil dieses durch die Aufnahme in das Edict auf solche Weise anerkannt, gewiß geworden, vielleicht auch umgebildet worden ist, daß man es im Verhältniß zur Praxis als neu entstanden ansehen kann. Die responsa der Juristen waren eben so jus scriptum, weil sie durch ihre schriftliche Abfassung bindende Kraft erhielten. Aber ein Satz des Gewohnheitsrechts wurde nicht dadurch zum jus scriptum, daß juristische Schriftsteller in ihren Rechtssystemen ihn aufnahmen und als wahr bezeugten. Denn dieses war nur wissenschaftliche Mittheilung des Rechtssatzes, ohne Zusammenhang mit dessen Entstehung. — Vgl. Thibaut § 10. — Nicht sowohl unrichtig, als zu

rer glaubten sich bey diesem einfachen Wortsinn nicht beruhigen zu dürfen, sondern erklärten vielmehr jus scriptum von dem durch einen Gesetzgeber promulgirten Recht, non scriptum von dem nicht promulgirten, also dem Gewohnheitsrecht, beides ohne Rücksicht auf Gebrauch und Nichtgebrauch der Schrift (d). Noch Andere lassen beide Parteyen Recht haben, indem sie einen juristischen und grammatischen Sinn der Eintheilung unterscheiden, deren man sich nach Belieben bedienen könne (e).

Gajus stellt die Rechtsquellen so zusammen: Lex, Plebiscit, Senatusconsult, Kaiserconstitutionen, Edicte, Responsa der Juristen (f). Eben so Justinians Institutionen, nur daß sie noch das dort fehlende ungeschriebene Recht hinzufügen (g). Pomponius giebt zuerst eine chronologische Übersicht der Entstehung des Rechts, und faßt dann die darin vorkommenden Entstehungsgründe so zusammen: Lex, Prudentium interpretatio, legis actiones, Plebiscit,

subtil, und darum der Sache nicht angemessen, ist die Erklärung bey Zimmern I § 14.

(d) (Hübner) Berichtigungen und Zusätze zu Höpfner S. 152.

(e) Glück I § 82, wo man die Sache mit überflüssiger Weitläufigkeit abgehandelt, und zugleich die früheren Schriftsteller angeführt findet. — Die Veranlassung der falschen Meynung, aber keineswegs ihre Entschuldigung, liegt in *L.* 35. 36. *de legibus* (1 3.). — Das wahre Element dieses Irrthums besteht übrigens darin, daß das geschriebene Recht in einem festen Buchstab äußerlich erkennbar ist, wodurch sein Daseyn und Inhalt größere Gewißheit erhält in Vergleichung mit dem Gewohnheitsrecht. Nur ist die Autorität des Gesetzgebers dabey nicht nothwendig, wie denn der Prätor in seinem Edict jus scriptum machte, ohne Gesetzgeber zu seyn.

(f) Gajus I § 2—7.

(g) § 3—9 *J. de j. nat.* (1. 2.)

Edicte, Senatusconsult, Kaiserconstitutionen (h). Papinian endlich stimmt ganz mit Gajus überein, nur nennt er (so wie Pomponius) anstatt der speciellen Responsa vielmehr die allgemeinere auctoritas Prudentium (i). — Der Unterschied liegt also zunächst in der Ordnung der einzelnen Stücke: ferner darin, daß das ungeschriebene Recht bald fehlt, bald aufgenommen ist: dann in der verschiedenen Auffassung des Juristenrechts: endlich darin, daß Pomponius allein die legis actiones mitzählt. Dieser letzte Unterschied erklärt sich leicht daraus, daß Pomponius in einer Übersicht der Rechtsgeschichte sehr wohl einen Gegenstand aufnehmen konnte, welcher in Werken über das geltende Recht nicht passend gewesen wäre.

Andere Zusammenstellungen der Rechtsquellen finden sich in rhetorischen Schriftstellern. Darunter hat die in Cicero's Topik am meisten Ähnlichkeit mit den angeführten juristischen Stellen, was sich auch aus dem Zweck dieser Schrift erklärt (k). Die übrigen lassen sich in eigentliche Speculation über die ursprüngliche Entstehung der Rechtsbegriffe ein (l). Allein nicht nur ist diese sehr verworren und unbefriedigend, sondern sie begnügen sich, eben so wie jene Juristen, mit der Auffassung der äußeren Er-

(h) *L.* 2 § 12 *de orig. jur.* (1. 2.).

(i) *L.* 7 *de J. et J.* (1. 1.).

(k) Cicero top. C. 5 „ut si quis jus civile dicat id esse, quod in legibus, senatus consultis, rebus judicatis, juris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat."

(l) Cicero de invent. II. Cap. 22. 53. 54. — de partit. oratoria C. 37. — Auct. ad Herennium II C. 13.

scheinung des Rechts, obgleich dieses Verfahren zu ihrer ganzen Richtung nicht paßt: ja sie treiben die Verwirrung so weit, daß sie mit den Rechtsquellen die thatsächlichen Entstehungsgründe der einzelnen Rechtsverhältnisse vermengen, wovon freylich jene Juristen ganz frey sind (m).

Mit mehr Sorgfalt, als jene allgemeine Zusammenstellungen der Rechtsquellen, wurden von den alten Juristen zwey Gegensätze in der Rechtserzeugung behandelt, an welche sich ein bedeutendes praktisches Interesse knüpfte: ich meyne den Gegensatz des Jus civile und gentium, und den des Jus civile und honorarium. — Der erste dieser Gegensätze hatte folgende Bedeutung (n). Der frühe Verkehr mit benachbarten fremden Völkern machte es nothwendig, neben dem einheimischen Recht auch das Recht von Peregrinen vor Römischen Gerichten anzuwenden, also auch kennen zu lernen: und zwar nicht blos das Recht irgend eines einzelnen fremden Staats, sondern auch das, was Mehreren derselben gemeinsam war. Je mehr nun die Römische Herrschaft ausgebreitet, also der Verkehr mit Fremden mannichfaltiger wurde, desto mehr

(m) So z. B. Cicero de part. or. C. 37. Alles Recht entspringt aus natura oder lex. Dieses letzte ist theils geschrieben, theils ungeschrieben. Das geschriebene entsteht entweder aus Handlungen einer öffentlichen Gewalt: Lex, senatus consultum, foedus; oder aus Privathandlungen: Tabulae, pactum conventum, stipulatio. Auch in dem ungeschriebenen Recht kommen wieder Verträge vor. Ähnlich sind hierin auch die andern angeführten Stellen.

(n) Vgl. Dirksen Eigenthümlichkeit des Jus gentium, Rhein. Museum B. 1 S. 1—50. — Puchta Gewohnheitsrecht I S. 32—40.

mußte sich hierin der Gesichtskreis erweitern, und auf diesem Wege kam man unvermerkt zu dem abstracteren Begriff eines den Römern mit allen fremden Völkern, also allen Menschen, gemeinschaftlichen Rechts (o). Dieser Begriff war zunächst aus der Erfahrung geschöpft, und insofern nicht völlig begründet, als sich doch die Römer über die Unvollständigkeit ihrer Induction nicht täuschen konnten; denn theils kannten sie nicht alle Völker, theils wurde gewiß nicht bey jedem Satz des Jus gentium ängstlich nachgeforscht, ob er auch wirklich bey allen bekannten Völkern gelte. Dennoch war es natürlich, auch bey dieser nur relativen Allgemeinheit auf den Entstehungsgrund derselben zurück zu gehen, und diesen fand man denn im Allgemeinen in der naturalis ratio, d. h. in dem der menschlichen Natur eingepflanzten gemeinsamen Rechtsbewußtseyn (p), wovon wieder die Unveränderlichkeit dieses Rechts als eine nothwendige Folge angesehen wurde (q). Jedoch begnügte man sich, diesen Entstehungsgrund im Allgemeinen anzuerkennen, ohne die einzelnen Sätze des Jus gentium von dieser Seite einer Prüfung zu unterwerfen.

(o) „Omnes homines", „omnes gentes", „gentes humanae" GAJUS I § 1. *L.* 9. *L.* 1 § 4 *de J. et J.* (1. 1.).

(p) GAJUS I § 1. 189. II § 66. 69. 79., *L.* 9 *de J. et J.* (1. 1.). *L.* 1 *pr. de adqu. rer. dom.* (41. 1.). — In den rhetorischen Schriften heißt es gewöhnlicher blos Natura (Note 1). — Die allgemeinere Wurzel dieser Ansicht ist schon oben nachgewiesen worden, am Ende des § 8.

(q) *L.* 11 *de J. et J.* (1. 1.) § 11. *J. de j. nat.* (1. 2.).

Die Vergleichung selbst nun zwischen dem einheimischen und dem allgemeinen Recht ergab Folgendes. Einige Institute, mit den auf sie bezüglichen Rechtsregeln, waren in der That von jeher gemeinsam, also juris gentium und civilis zugleich. Dahin gehörten die meisten Contracte des täglichen Verkehrs, wie Kauf, Miethe, Societät u. s. w. Ferner die meisten Delicte, insofern sie die Verpflichtung zur Entschädigung mit sich führen. Dann die Tradition als Erwerb des Eigenthums, die in Anwendung auf res nec mancipi auch schon im Civilrecht anerkannt war. Endlich der durch die Geburt sich fortpflanzende Sklavenstand. — Weit mehrere Institute aber waren dem einheimischen Recht ausschließend eigen. So die Ehe, die selbst in ihrer freyesten Form doch nur zwischen Römischen Bürgern möglich, und dadurch ganz positiv bedingt war. Noch mehr die väterliche Gewalt, und die durch sie begründete Agnation. Eben so die meisten und wichtigsten Entstehungsgründe des Eigenthums, wie Mancipation, Usucapion u. s. w. Ferner in den Obligationen die verborum und literarum obligatio; die Delicte insofern sie eine Strafe von willkührlich angenommener Größe mit sich führen. Endlich das gesammte Erbrecht. — Allein die meisten dieser positiven Institute haben dennoch einen allgemeinen Kern, und kommen also auch in dem fremden Recht, diesem ihrem allgemeinen Wesen nach, nur in anderer Form, gleichfalls vor. So geschah es nun durch den vermehrten Verkehr mit Fremden, daß neben vielen

jener positiven Institute auch selbst in Römischen Gerichten verwandte Institute des allgemeinen Rechts praktisch anerkannt wurden. Also neben der Civilehe eine gültige, nur minder wirksame Ehe nach jus gentium. Neben der Agnation eine naturalis cognatio. Neben dem Eigenthum ex jure quiritium das in bonis. Neben der strengsten Form der Stipulation (spondes spondeo) freyere, auch den Peregrinen zugängliche Formen. Am wenigsten geschah es im Erbrecht, das überhaupt am meisten eine streng positive Natur hat; und doch beruht auch hier die zugelassene und stets erweiterte Intestaterbfolge der Cognaten auf derselben natürlichen Rechtsentwicklung. — Es erhellt aus dieser Zusammenstellung, daß man nur theilweise einen Gegensatz zwischen dem nationalen und allgemeinen Recht (jus civile und gentium) annehmen kann, indem ein großer Theil des ersten zugleich auch dem zweyten angehört (r). Und auch jener partielle Gegensatz mußte sich im Lauf der Zeit vermindern, indem bey der stetigen praktischen Berührung beider Rechtssysteme in den Gerichten desselben Staates eine gewisse Assimilation unvermeidlich war.

Aus diesen Betrachtungen erklären sich ganz einfach die zwey Benennungen, die hier als völlig gleichbedeutend

(r) Faßt man den Gegensatz von diesem Standpunct auf, so ist er verwandt, obgleich nicht identisch, mit dem von Jus strictum und aequitas, jus (oder juris ratio) und utilitas. Hier zeigt sich also in speciell historischer Anwendung, was oben (§ 15) über diese Gegensätze in allgemeiner Betrachtung gesagt worden ist.

gebraucht werden: Jus gentium, das Recht, welches bey allen bekannten Völkern gefunden wird: Jus naturale, das Recht, welches durch das in der menschlichen Natur gegründete gemeinsame Rechtsbewußtseyn hervorgebracht wird (s). — Jedoch ist unter diesen beiden Arten der Auffassung die erste als die überwiegende zu betrachten, so daß nach Ansicht der Römer das Jus gentium nicht minder als das Jus civile ein ganz positives, geschichtlich entstandenes und fortgebildetes Recht war. In demselben Maaße nun, als die Römische Nation, viele verschiedene Völker beherrschend, zwar diese sich assimilirte, zugleich aber ihre Individualität an diese ungeheure und unbestimmte Masse verlor, mußte das Jus gentium, als das diesem neuen Zustande angemessenere, so vorherrschend werden, wie es in der Justinianischen Gesetzgebung wirklich erscheint. Diese große Veränderung also ist als das Werk innerer Nothwendigkeit zu betrachten, nicht als Willkühr zu tadeln, noch als Weisheit zu loben: außer insoferne es das höchste Lob verdient, daß das allmälige und stille Wirken jener Nothwendigkeit damals, wie in keinem früheren Zeitpunct, richtig erkannt, und so der Buchstab des Rechts mit dem sehr veränderten Geist und Wesen desselben befriedigender ausgeglichen worden ist, als es von

(s) Diese Terminologie, gegründet auf die hier ausgeführte zweygliedrige Eintheilung, kann als die unter den Römischen Juristen vorherrschende angesehen werden. Allerdings erscheint daneben auch noch eine dreygliedrige Eintheilung in Jus naturale, gentium, civile. Davon handelt die Beilage I zu diesem Bande.

diesem Zeitalter erwartet werden durfte. — Das wichtigste praktische Interesse, welches sich an diesen Gegensatz knüpfte, bestand nun aber darin, daß die Anwendbarkeit beider Rechtssysteme von dem Standesverhältniß der einzelnen Person abhing. Die eigenthümlichen Rechtsverhältnisse des Jus civile waren nur zugänglich den Römischen Bürgern, späterhin theilweise auch den Latinen, durchaus nicht den Peregrinen: die des Jus gentium waren allen Menschen zugänglich, die nur nicht überhaupt als rechtlos galten. — Ein ähnlicher Unterschied der Empfänglichkeit für die Anwendung der Rechtsregeln findet sich auch bey den Grundstücken, indem die Institute und Regeln des Sachenrechts entweder nur in Italien, oder auch in den Provinzen anwendbar waren, je nachdem sie dem Jus civile angehörten (wie die Mancipation und Usucapion), oder dem Jus gentium (wie die Tradition). — Man kann dabey noch die Frage aufwerfen, wie sich dieser Gegensatz zu dem des geschriebenen und ungeschriebenen Rechts verhalte. Gewöhnlich wird dieser letzte nur bey Gelegenheit des Jus civile erwähnt, so daß er als eine Unterabtheilung desselben erscheint. Allein ein innerer Grund zu dieser Beschränkung ist nicht vorhanden, und da die Erkenntniß des Jus gentium auf der fortgehenden Sammlung und Vergleichung mehrerer fremden Rechte beruht, also auf einem Verfahren, wobey eine schriftliche Urkunde undenkbar ist, wenngleich dabey die geschriebenen Gesetze fremder Völker benutzt werden konnten, so gehört

für die Römer das ganze Jus gentium ursprünglich (d. h. wenn es nicht zufällig in ein Edict aufgenommen wird) zum ungeschriebenen Recht, und bildet einen zweyten Theil desselben neben dem einheimischen Gewohnheitsrecht, oder den mores majorum. Diese Zusammenstellung findet sich übrigens bei keinem Juristen, wohl aber bey Cicero (t). — Zum Schluß muß endlich noch folgendes Verhältniß zwischen den beiden hier erklärten Arten des Rechts bemerklich gemacht werden. Da das Jus gentium in Rom ein in sich geschlossenes Rechtssystem von positiver Natur und praktischer Anwendbarkeit geworden war, so war es unvermeidlich, daß auch Bestimmungen des Jus civile auf dasselbe mußten einwirken können. Wurde also durch das Jus civile irgend etwas verboten, z. B. eine Ehe in einem gewissen Grad der Verwandtschaft, so hatte eine solche Ehe in Rom auch nicht einmal nach Jus gentium Daseyn und Wirksamkeit, wenngleich ein solches Verbot bey andern Völkern vielleicht nicht vorkam, so daß bey ihnen dieselbe Ehe gültig gewesen wäre (u). Eben so entsteht aus einem durch Jus civile verbotenen Vertrag (z. B. durch Spielschuld oder Zinswucher) ganz entschieden nicht einmal eine naturalis obligatio. Cicero spricht diese Rück-

(t) Cicero de partitione oratoria C. 37 s. o. Note b.

(u) § 12 *J. de nupt.* (1. 10.). Vgl. unten § 65 Note b. — In solchen Fällen zeigt sich also gewissermaßen eine zwiefache Betrachtungsweise für das jus gentium: eine speculative, welche bloß den Ursprung der Rechtssätze beachtet, und eine praktische, welche sich auf die Gestalt bezieht, die dasselbe in den Römischen Gerichten annehmen mußte.

wirkung des Jus civile auf das Jus gentium geradezu aus in folgender Stelle (de partit. orat. C. 37) „atque etiam hoc imprimis, ut *nostros mores legesque* tueamur, quodammodo *naturali jure praescriptum est.*" Es kann jedoch diese Rückwirkung, wie sich von selbst versteht, nur denjenigen Regeln des Jus civile zugeschrieben werden, welche die Natur eines absoluten Rechts (§ 16) an sich tragen.

Der zweyte bedeutende Gegensatz war der von Jus civile und honorarium (v). Dessen praktische Wichtigkeit aber lag nicht etwa darin, daß dieses an sich weniger wirksam, und z. B. in Collisionsfällen nachstehend gewesen wäre, was durchaus nicht angenommen werden darf, sondern darin, daß die Gültigkeit desselben auf den Amtssprengel und die Amtszeit seines Urhebers beschränkt blieb, anstatt daß jede zum Jus civile gehörende Form in allen Theilen des Reichs und zu allen Zeiten zu wirken fähig war (w). In diesem Sinne ist es zu nehmen, wenn sehr

(v) *L. 7 pr. de J. et J.* (1. 1.). *L.* 2 § 10 *de orig. jur.* (1. 2.). § 7 *J. de j. nat.* (1. 2.). — Jus civile hat also überhaupt sehr verschiedene Bedeutungen. Es heißt: 1) Privatrecht (§ 1); 2) positives Recht irgend eines Staates: 3) insbesondere das der Römer § 1. 2. 3. *J. de j. nat.* (1. 2.). *L.* 6 *pr. L.* 9 *de J. et J.* (1. 1.); 4) noch enger, das Römische Recht mit Ausschluß des honorarium *L.* 7 *de J. et J.* (1. 1.); 5) noch enger dasjenige, was keinen spezielleren Namen führt. *L.* 2 § 5. 6. 8. 12 *de orig. jur.* (1. 2.).

(w) Ich sage also nicht, daß es überall wirkte, sondern daß es dazu an sich fähig war. So z. B. wirkten die Edictalgesetze der Kaiser zwar in der Regel überall im Reich, aber sie konnten durch ihren Inhalt auch auf eine einzelne Provinz oder Stadt beschränkt sein. Die Responsa und ursprünglich auch die Rescripte, wirkten nur in der einzelnen Sache, also höchst beschränkt, aber diese ihre be-

häufig dieses Jus civile auch bezeichnet wird als Lex und quod legis vicem obtinet (x), und wenn die alten Juristen bey einzelnen Rechtsquellen mit Sorgfalt bemerken, daß dieses letzte von ihnen gesagt werden könne (y). Es hatte aber dieser rein praktische Unterschied folgenden tieferen Grund. Durch Volksschlüsse, Senatusconsulte, Kaiserconstitutionen wurde in der That neues Recht erzeugt. Der Prätor dagegen sprach in seinem Edict nicht aus, was hinfort Recht seyn solle (wozu er gar nicht befugt war), sondern was er als Recht ansehn und handhaben werde, so daß er blos seine eigene amtliche Thätigkeit voraus ankündigte. Daher wurden jene Rechtsregeln als ipso jure, diese als jurisdictione, tuitione Praetoris gültig, bezeichnet. Dieser Gegensatz wird noch klarer hervortreten durch die Vergleichung mit anderen, schon vorgekommenen Gegensätzen. — Daß das Jus honorarium ganz

schränkte Wirksamkeit konnte in jedem Theil des Reichs eintreten. Das Edict einer Obrigkeit dagegen hatte schon seiner Natur nach nur Gültigkeit in den Gränzen des Bezirks, worin der Urheber desselben Gerichtsbarkeit hatte.

(x) Gajus IV § 118. „Exceptiones... omnes vel ex legibus, vel ex his quae legis vicem obtinent substantiam capiunt, vel ex jurisdictione Praetoris proditae sunt." *L.* 14 *de condit. inst.* (28. 7.). — Dasselbe, was hier Gajus zufällig von den Exceptionen sagt, gilt eben so auch von den Klagen.

(y) Legis vicem haben: 1) die Senatusconsulte. Gajus I § 4. — 2) die Kaiserconstitutionen. Gajus I §. 5. *L.* 1 *pr. de const.* (1. 4.). (Ja sogar die imperiales *contractus. L.* 26 *C. de don. int. vir.* 5. 16.) — 3) Die Responsa. Gajus I § 7. — 4) Das Gewohnheitsrecht. *L.* 32 § 1. *L.* 33 *de leg.* (1. 3.) „pro lege" *L.* 38 eod. „vim legis" *L.* 3 *C. quae sit longa consu.* (8. 53) „legis vicem." §. 9 *J. de j. nat.* (1. 2.) „legem imitantur."

zu dem geschriebenen Recht gehört, folglich das ungeschriebene nur auf der Seite des Jus civile liegt, versteht sich von selbst. Zweifelhafter kann das Verhältniß des Jus honorarium zu dem Jus gentium erscheinen. Ganz falsch würde es seyn, beide für identisch zu halten, da das Edict des Praetor urbanus theils vieles streng Römische Recht enthielt, theils auch nicht selten die utilitas abweichend von den Regeln der naturalis ratio (§ 15), in Schutz nahm (z). Eben so wenig aber darf der Gegensatz des Jus civile und honorarium als eine Unterabtheilung des Jus civile (im Gegensatz des Jus gentium) angesehen werden. Denn die Provinzialedicte enthielten gewiß neben bloßem Partikularrecht auch vieles Jus gentium, und noch vorherrschender mußte dieses in dem Edict des Peregrinenprätors seyn. Nur das läßt sich als wirkliche Verwandtschaft beider Begriffe behaupten, daß aus dem allgemeinen im Jus gentium enthaltenen Element Vieles in das Jus civile der Römer überging, und daß für diesen schon oben bemerkten Übergang das Jus honorarium sehr häufig als vermittelndes Organ diente. Endlich kann man die noch allgemeinere Frage aufwerfen, ob das prätorische Recht, so weit es Neues enthielt, und besonders so weit es das Jus civile abänderte, Gesetz oder Gewohnheit war? Wir können jetzt als entschieden annehmen, daß es seine abändernde Kraft lediglich aus dem Gewohn-

(z) Beyspiele solcher Conflicte des Edicts mit dem jus gentium sind zusammengestellt bey Düroi Archiv. B. 6 S. 308. 309. 393.

heitsrecht, nicht aus eigener Macht des Prätors, hernahm (§ 25. t). Dennoch würden wir irren, wenn wir darum den Prätor als bloßen Schreiber des Gewohnheitsrechts ansehen wollten. Der Stoff freylich war ihm durch Volksrecht gegeben; aber die daraus hervorgehende Fortbildung des Rechts im Einzelnen zu entwickeln und durchzuführen (corrigendi juris civilis) war ihm mit großer Freiheit überlassen, eben so wie die Ergänzung des Civilrechts, wo dieses unvollständig war (supplendi juris civilis) (aa). In der That also wurde die Fortbildung des Rechts großentheils durch den Prätor besorgt, aber durch den jährlichen Wechsel der Prätoren bekam die Leitung dieses Geschäfts doch wieder etwas Volksmäßiges, wiewohl mit aristokratischem Character.

Alles, was bisher über die allgemeine Ansicht der Römer von den Rechtsquellen gesagt worden ist, kann nur von der Zeit gelten, in welcher die Rechtswissenschaft noch einiges Leben erhielt. Nach dieser Zeit, also von den christlichen Kaisern an, änderte sich die Ansicht von Grund aus. Nun gab es als Rechtsquellen nur Leges und Jus, d. h. kaiserliche Edicte und wissenschaftlich verarbei-

(aa) Der scheinbare Widerspruch solcher Stellen, die den Stoff des Edicts auf Gewohnheit zurückführen (§ 25. t) mit andern, welche das Edict dem Gewohnheitsrecht entgegensetzen, wie Gajus III § 82: „neque lege XII tab., neque praetoris edicto, sed eo jure quod consensu receptum est und § 3—9 *J. de j. nat.* (1. 2.) löst sich schon durch die Bemerkung, daß in den Stellen dieser letzten Art nur dasjenige als Gewohnheitsrecht bezeichnet wird, was in dieser seiner ursprünglichen Gestalt geblieben, und nicht in das Edict aufgenommen worden ist.

tetes Recht (§ 15 a), in welchen Formen sich jetzt alle frühere aufgelöst hatten. Valentinian III. brachte diesen Gebrauch der Litteratur in den Gerichten auf feste Regeln (§ 26). Noch weit einfacher wurden die Rechtsquellen durch Justinians Gesetzgebung. Er sanctionirte einen Theil der vorhandenen rechtswissenschaftlichen Litteratur als Gesetz, setzte den weit größeren übrigen Theil außer Kraft, und verbot für die Zukunft die Entstehung einer neuen (§ 26). Indem nun also die Digesten nicht mehr als Jus, sondern als eine Lex galten, konnte man sagen, daß es keine andere Rechtsquellen mehr gebe, als Kaiserconstitutionen: nur etwa noch mit Hinzurechnung einiges Gewohnheitsrechts, von dessen dürftiger Gestalt sogleich weiter die Rede seyn wird. — Auch die allgemeinen Gegensätze von Jus civile und gentium, civile und honorarium, waren in Justinians Gesetzgebung, wie es hier in der That geschehen ist, nur noch historisch zu erwähnen, da sie ihre praktische Wichtigkeit gänzlich verloren hatten, wenn auch nicht alle praktische Anwendbarkeit. Denn es war noch jetzt Regel, daß nur der Römische Bürger eine vollgültige Ehe schließen, väterliche Gewalt erwerben, ein Testament machen, und zum Erben eingesetzt werden könne. Aber freylich waren die Peregrinen, denen dieser Theil der Rechtsfähigkeit stets versagt blieb, nur noch die Ausländer, also vom Standpunct der Römer aus, und für Römische Gerichte, jetzt unbedeutend. Und auch für sie wurde noch ein großer Theil des praktischen Unterschieds dadurch

weggeräumt, daß die Intestaterbfolge seit der Novelle 118 nicht mehr durch Agnation bedingt seyn sollte. — Neues Jus honorarium entstand schon längst nicht mehr, und darum konnte auch nicht mehr von den geographischen Gränzen seiner Anwendbarkeit die Rede seyn.

§. 23.

Aussprüche der Römer über die Gesetze.

Quellen: Dig. I. 3. 4.
Cod. Just. I. 14. 15. 19. 22. 23.
Cod. Theod. I. 1. 2. 3.

Was uns über die älteren Formen der Gesetzgebung in den Rechtsquellen aufbewahrt ist, hat eine sehr dürftige Gestalt. Es sind fast nur Gemeinplätze, Anweisungen für das Benehmen des Gesetzgebers, woraus wenig zu lernen ist (a). Ohne Zweifel fanden sich bey den alten Juristen lehrreiche Nachrichten über die Stellung jeder Art der Volksschlüsse im alten Staatsrecht, so wie über die gesetzgebende Gewalt des Senats: aber diese hatten zu wenig Beziehung auf die Zeit Justinians, als daß eine Aufnahme in seine Sammlungen erwartet werden konnte (b).

Wichtiger und zusammenhängender sind die Nachrichten und Regeln über die Kaisergesetze; diese waren noch in Justinians Reich anwendbar, und theilweise ist auch

(a) *L.* 3—6. 8. 10—12. *de leg.* (1. 3.).

(b) Schon die wenigen und verstümmelten Worte bey Ulpian. *tit. de leg.* § 3 bestätigen diese Vermuthung. Vgl. Blume, Zeitschrift f. geschichtl. Rechtswiss. IV. 367.

auf unsren Zustand eine Anwendung wenigstens denkbar. Gajus und Ulpian sagen übereinstimmend, alle Constitutiones hätten legis vicem, weil jeder Kaiser durch eine lex sein imperium erhalte (c): und sie zählen drey Arten derselben auf, Edicte, Decrete und Rescripte, zu denen wir noch die Mandate hinzufügen müssen.

I. Edicte. Nicht nur ihr Name, sondern auch die Berechtigung zu denselben, knüpft sie unmittelbar an das Staatsrecht der Republik an. Es waren Vorschriften, die der Kaiser vermöge einer ihm zustehenden Magistratur erließ, so wie es vor der Kaiserzeit und noch lange während derselben, die Prätoren, Proconsuln u. s. w. auch thaten. Daß nicht gleich Anfangs diese Form zu den wichtigsten Handlungen der höchsten Gewalt gebraucht wurde, erklärt sich zunächst aus dem lange anhaltenden Bestreben der Kaiser, mit den alten gewohnten Formen zu herrschen: dann auch daraus, daß jene Form, so lange sie sich streng in ihren hergebrachten Gränzen hielt, für allgemeine Gesetzgebung nicht ganz passend war. Denn wenn der Kaiser in seiner tribunicia oder proconsularis potestas ein Edict erließ, so galt jenes nur in Rom, wie die Tribunengewalt selbst: dieses nur in den Provinzen, und zwar

(c) Gajus I § 5. — *L.* 1 *de const. princ.* (1. 4.) von Ulpian, daraus genommenen § 6 *J. de j. nat.* (1. 2.). Die Untersuchung, wie in den Digesten und Institutionen die lex regia einen andern als den ursprünglichen Sinn erhalten hat, gehört nicht hierher. — Gewöhnlich also bezeichnet constitutio die ganze Gattung, zuweilen nur die Edicte, im Gegensatz der Rescripte *L.* 3 *C. si minor.* (2. 43.).

nur in denen, die dem Kaiser zugetheilt waren. Erst nachdem der Begriff des Kaisers, als des souveränen magistratus für das ganze Reich, entwickelt und anerkannt war, konnten seine Edicte als Reichsgesetze angesehen werden, und es ist deshalb sehr merkwürdig, daß ihnen schon Gajus legis vicem zuschreibt, sie also für unabhängig von irgend einem Amtssprengel erklärt, anstatt daß alle andere Edicte die Beschränkung auf einen solchen Sprengel als Grundcharacter haben, und sich dadurch von der lex et quod legis vicem obtinet scharf unterscheiden (§ 22). Dennoch finden sich schon in den ersten Jahrhunderten nicht wenige ganz sichere Kaiserliche Edicte: als sicher aber sehe ich nur die in den Rechtsquellen mit dieser Bezeichnung angeführte an, da bey den Geschichtsschreibern auf eine gleich strenge Beobachtung des technischen Sprachgebrauchs nicht zu rechnen ist (d).

(d) Ich will hier eine Übersicht sicherer Edicte geben, die ohne Zweifel noch sehr vermehrt werden kann. Vier von August *L.* 2 *pr. ad Sc. Vell.* (16. 1.), *L.* 26 *de lib.* (28. 2.), *L.* 8 *pr. de quaest.* (48. 18.), *Auct. de j. fisci* § 8. — Claudius vier. *L.* 2 *pr. ad Sc. Vell.* (16. 1.), *L.* 15 *pr. ad L. Corn. de falsis* (48. 10.), *L.* 2 *qui sine man.* (40. 8.), *L. un.* § 3 *C. de lat. lib.* (7. 6.), Ulpian. III § 6. — Vespasian zwey. *L.* 4 § 6 *de legat.* (50. 7.), *L.* 2 *C. de aed. priv.* (8. 10.). — Domitian. *L.* 2 § 1 *de cust.* (48. 3.). — Nerva. *L.* 4 *pr. ne de statu* (40. 15.). — Trajan vier. *L.* 6 § 1 *de extr. crim.* (47. 11.), Gajus III § 172, § 4 *J. de succ. lib.* (3. 7.), *L.* 13 *pr.* § 1 *de j. fisci* (49. 14.), *Auct. de j. fisci* § 6. — Hadrian zwey. Gajus I § 55. 93. *L.* 3 *C. de ed. D. Hadr.* (6. 33.). — Pius *L.* 11 *de muner.* (50. 4.). — Marcus drei. § 14 *J. de usuc.* (2. 6.), *L.* 24 § 1 *de reb. auct. jud.* (42. 5.), *L.* 3 *C. si adv. fiscum* (2. 37.). — Severus. *L.* 3 § 4 *de sep. viol.* (47. 12.). — Außerdem aber kommen als Edicte auch

Da nun die Edicte als wahre Gesetze allgemein verbindliche Kraft haben sollten, im Gegensatz der übrigen Constitutionen, so war es wichtig, sichere Kennzeichen dafür zu haben. Diese werden in einem Edict von Theodos II. und Valentinian III. so angegeben: der Name edictum oder generalis lex, die Mittheilung an den Senat durch eine oratio, die Bekanntmachung durch die Statthalter der Provinzen, endlich die der Constitution eingerückte Bestimmung, daß sie für Alle verbindliche Kraft haben solle; jedes dieser Kennzeichen sollte für sich allein, auch ohne die übrigen, hinreichen (e). Es wurde daher diese Eigenschaft nicht ausgeschlossen durch die specielle, in einem einzelnen Rechtsfall liegende Veranlassung, wie dieses die angeführte Constitution ausdrücklich sagt: eben so nicht durch den Umstand, daß der Inhalt nicht auf alle Römer, sondern auf eine einzelne Klasse, gerichtet war (f), da auch diese Vorschriften von Allen gekannt und respectirt werden sollten: endlich nicht durch die Richtung an eine einzelne Obrigkeit, auf deren Anfrage vielleicht das Gesetz erlassen worden war (g). — Außerdem erklärten dieselben Kaiser, wie

solche Bekanntmachungen an das Volk vor, worin gar kein Rechtssatz aufgestellt werden sollte, z. B. das des Nerva bey Plinius epist. X 66.

(e) *L.* 3 *C. de leg.* (1. 14.).

(f) Was unsre Juristen ein jus singulare nennen. So z. B. betrafen Edicte von August und Claudius die Bürgschaften der Frauen, ein Edict von August verbot die Enterbung der Soldaten. *L.* 2 *pr. ad Sc. Vell.* (16. 1.), *L.* 26 *de lib.* (28. 2.). Das waren darum dennoch (nach dem späteren Sprachgebrauch) generales leges. Hierüber irrt Güpet Abhandlungen S. 42.

(g) Bey weitem die meisten Kaisergesetze, namentlich die von

sie künftig ihre Edicte unter Mitwirkung des Senats ausarbeiten lassen würden (h), wodurch sie jedoch gewiß nicht sagen wollten, daß die Gesetzeskraft von der Beobachtung dieser Form abhängig seyn sollte. — Endlich wird auch noch die Nothwendigkeit der Bekanntmachung der Gesetze anerkannt, jedoch ohne Bestimmung einer Form für dieselbe, die doch allein praktischen Werth haben kann (i).

II. Decrete. Darunter versteht man jede Ausübung des kaiserlichen Richteramts, sowohl durch Interlocute als durch Endurtheile (k). Wenn auch diesen, wie allen andern Constitutionen, Gesetzeskraft für den einzelnen Fall beygelegt wird, so scheint das nicht consequent, da sie vielmehr als richterliche Entscheidungen angesehen werden mußten, die stets rechtskräftig waren, weil sie von der höchsten Instanz im Reich ausgingen. Jene Vorstellungsweise erklärt sich vielleicht daraus, daß die ganze Gerichtsbarkeit des Kaisers etwas außerordentliches war, worauf

Justinian, sind an einen Beamten, z. B. einen Praefectus praetorio gerichtet, und man konnte sie nach dieser Form auch Rescripte nennen: aber Niemand zweifelte, daß sie wahre edicta, generales leges, leges edictales seyen, und darum war bey ihnen der an sich passende Ausdruck rescriptum nicht üblich. Eine Vergleichung neuerer Einrichtungen wird dieses anschaulicher machen. Was durch die Preußische Gesetzsammlung publicirt wird, hat völlig gleiche Gesetzeskraft, es mag nun Gesetz oder Verordnung heißen, also unmittelbar an alle Unterthanen und Beamte gerichtet seyn, oder aber in einer Kabinetsordre an das Staatsministerium, oder einen einzelnen Minister bestehen. Vgl. § 24 Note e.

(h) *L.* 8 *C. de leg.* (1. 14.).

(i) *L.* 9 *C. de leg.* (1. 14.).

(k) *L.* 1 § 1 *de const. princ.* (1. 4.) „Quodcunque igitur Imp.... vel *cognoscens decrevit*, vel *de plano interlocutus est*... legem esse constat."

der alte Begriff von judicium und res judicata nicht unmittelbar paßte; man wollte also recht entschieden ausdrücken, daß die Urtheile des Kaisers nicht minder als die eines judex, ja noch kräftiger, das streitige Rechtsverhältniß unabänderlich feststellten. — In der Sache selbst war denn allerdings kein wesentlicher Unterschied von dem rechtskräftigen Urtheil eines Richters; denn auch hier sollte die Wirkung beschränkt seyn auf den vorliegenden Rechtsfall, und selbst die in der Entscheidung enthaltene Regel sollte auf andere Fälle, als gesetzlich festgestellt, nicht angewendet werden dürfen. Freylich die Kraft einer großen Autorität konnte man der in einem Decret angewendeten Regel nicht versagen: und daher erklärt es sich, wenn Sammlungen solcher Decrete von den Juristen angelegt wurden (l), und wenn einzelne Decrete zur Ausbildung und Anerkennung ganz neuer Rechtssätze Veranlassung gaben (m).

Bey dieser beschränkten Wirksamkeit der Decrete hat es Justinian zum Theil gelassen, nämlich insoferne von Interlocuten die Rede ist: denn in den Codex ist eine frühere Constitution aufgenommen, die für die Interlocute dieses ausdrücklich vorschreibt (n). Dagegen hat er für

(l) Pauli libri tres decretorum. Ferner die Sammlung Hadrianischer Decrete von Dositheus.

(m) Z. B. das decretum D. Marci über die Selbsthülfe *L. 13 quod metus* (4. 2.), *L. 7 ad L. J. de vi priv.* (48. 7.).

(n) *L. 3 C. de leg.* (1. 14.) „... *interlocutionibus*, quas in uno negotio judicantes protulimus vel postea proferemus, *non in commune praejudican-*

die Kaiserlichen Endurtheile eine ausgedehntere Wirksamkeit vorgeschrieben, so daß die in ihnen ausgesprochene Rechtsregel auch in allen künftigen Fällen als Gesetz angewendet werden sollte (o). Schon aus der Fassung dieser Verordnung geht es hervor, daß bis dahin ein anderes Recht galt, und daß also etwas Neues eingeführt werden sollte; wenn sich der Kaiser dabey auf die übereinstimmende Meynung der alten Juristen beruft, so giebt er ihren Worten eine willkührliche Deutung, indem sie gewiß nur an die Gesetzeskraft der Decrete für den einzelnen Fall dachten (p). In der That aber ließ sich für diese Neuerung Vieles sagen, wenigstens fielen die Bedenken weg, die einer ähnlichen Behandlung der Rescripte im Wege standen. Denn eine Täuschung des Kaisers durch einseitige Vorträge war hier nicht möglich, wo beide Theile gehört worden waren, und den Mangel einer öffentlichen Bekanntmachung ersetzte gewissermaßen die mit dem Gerichtshof des Kaisers verbundene Feyerlichkeit und Publicität (q).

tibus" (im Gegensatz der vorher bestimmten Gesetzeskraft für die Edicte).

(o) *L* 12 *pr. C. de leg.* (1. 14.) „Si imperialis majestas causam cognitionaliter examinaverit, et *partibus cominus constitutis sententiam dixerit:* omnes omnino judices... sciant hanc esse legem non solum illi causae, pro qua producta est, *sed et omnibus similibus.*" Gewöhnlich nimmt man zwischen dieser Stelle und der in der vorigen Note angeführten einen Widerstreit an: allein die zwey Arten der Decrete sind ja hier eben so deutlich unterschieden, wie sie Ulpian unterscheidet (Note k).

(p) *L.* 12 *cit.* „... cum et veteris juris conditores, constitutiones quae ex imperiali decreto processerunt, legis vim obtinere, aperte dilucideque definiant": Am unmittelbarsten scheint hier gedacht an Gajus I § 5.

(q) Die Decrete dieser Art kön-

Vor Justinian also hatten alle Decrete nur in dem vorliegenden Rechtsfall Gesetzeskraft: durch seine neue Verordnung wurde den Endurtheilen eine ausgedehntere Wirksamkeit gegeben, indem die in ihnen enthaltene Rechtsregel als allgemeines Gesetz angesehen werden sollte.

Die Natur dieses Gegensatzes ist von den neueren Juristen großentheils misverstanden worden. Sie haben ihn verwechselt erstlich mit der Beschränkung der Rechtskraft auf die Parteyen in diesem Prozeß. Allein die Rechtskraft betrifft das einzelne Rechtsverhältniß, und diese sollte auch hier nicht ausgedehnt werden; hatte also der Kaiser in einem Erbschaftsstreit zwischen zwey Personen entschieden, so sollte auch diese höchste Entscheidung einer dritten Person weder nutzen noch schaden. Zweytens haben sie den Gegensatz verwechselt mit dem einer strengen und ausdehnenden Interpretation. Auch davon ist hier gar nicht die Rede, sondern vielmehr von der zulässigen oder unzulässigen Anwendung derselben (nicht ausgedehnten) Rechtsregel auf künftige, völlig gleiche Rechtsfälle.

§. 24.

Aussprüche der Römer über die Gesetze. Fortsetzung.

III. **Rescripte** (a). Rescriptum heißt wörtlich eine Rückschrift, ein Antwortschreiben. Dieses konnte in Be-

nen mit den Decisionen unsrer Oberappellationsgerichte verglichen werden.

(a) Schulting diss. pro rescriptis Imp. Rom. (Comm. acad. Vol. 1 N. 3). Hüpet Abhandlungen N. 4.

ziehung auf die äußere Form, in verschiedener Weise erlassen werden: blos am Rande des empfangenen Schreibens (adnotatio, subscriptio): in einem abgesonderten Briefe (epistola): endlich in einer feyerlicheren Ausfertigung (pragmatica sanctio), deren canzleymäßige Gestalt wir nicht genau kennen (b). Allen diesen Rescripten wird die Gültigkeit einer Lex zugeschrieben, jedoch wesentlich verschieden durch engere Gränzen von der Gültigkeit der Edicte. Was ist nun darunter zu verstehen? Damit ihnen diese eigenthümliche Natur einer begränzten Gültigkeit zukomme, müssen wir nothwendig etwas hinzudenken, was in jenem durch Form und Veranlassung bestimmten Begriff noch nicht enthalten ist. Es giebt also Kaiserliche Briefe, die noch weniger Kraft haben, also überhaupt gar nicht einer Lex ähnlich wirken: andre, die stärker wirken, frey von jenen engen Gränzen; beide müssen wir abrechnen, und nur von den übrig bleibenden, in der Mitte liegenden, kann hier die Rede seyn: nur diese können uns als Rescripte im technischen Sinn gelten.

(b) Diese Form sollte eigentlich nur bey wichtigeren Gelegenheiten gebraucht werden, nämlich nur bey Rescripten über Angelegenheiten des öffentlichen Rechts, und zwar in Beziehung auf Corporationen. *L. 7 C. de div. rescr.* (1. 23.). Daß jedoch diese Beschränkung nicht allgemein beobachtet wurde, zeigt ganz klar Const. *Summa* § 4: „Si... pragmaticae sanctiones... alicui personae impertitae sunt“.... Sehr reichhaltiges Material zu dieser Untersuchung findet sich in J. H. Böhmer exerc. ad Pand. I. ex. 12. C. 1, der jedoch darin irrt, daß er jene gesetzliche Beschränkung der Anwendung der pragm. sanct. als den Begriff derselben behandelt.

Also weniger Kraft als eigentliche Rescripte haben zuvörderst alle Briefe von nicht geschäftlichem Inhalt, die ohnehin Jeder stillschweigend wegdenkt, obgleich Name und Form sie nicht ausschließen. Aber auch unter den geschäftlichen, die wir als Verfügungen bezeichnen können, müssen wir ferner unterscheiden diejenigen, welche gar nicht eine Regel anwenden, sondern bloße Willkühr ausüben wollen, wie z. B. individuelle Ausnahmen von der Anwendung der Gesetze (§ 16), Unterstützungen, Verweise (c). Diese haben in ihrer Wirkung zwar gleiche Kraft mit einer Lex, nämlich für die Person und den Fall wofür sie erlassen sind, und jeder Richter hat sie als solche zu respectiren. Dagegen können sie durchaus nicht als Autorität eine Regel darbieten für die Behandlung anderer Fälle, da sie selbst ja überhaupt auf keiner Regel beruhen.

Mehr Kraft als eigentliche Rescripte haben auf der andern Seite diejenigen Anschreiben, welche eine Regel als solche zur allgemeinen Befolgung vorschreiben, und zu diesem Zweck öffentlich bekannt gemacht werden. Diese sind wahre Gesetze von unbegränzter Gültigkeit, bey welchen die zufällig gewählte Briefesform, selbst auch die Veranlassung durch Frage oder Antrag, worauf sie gesetzgebend antworten, durchaus keinen Unterschied von anderen Gesetzen begründen kann. In früherer Zeit zwar

(c) Sie heißen personales constitutiones. *L.* 1 § 2 *de const.* (1. 4.), § 6 *J. de j. nat.* (1. 2.). Neuere Schriftsteller nennen sie Gnadenrescripte, was jedoch zu eng ist, und z. B. auf Verweis und Bestrafung gewiß nicht paßt.

nannte man auch diese, von ihrer äußeren Form her, Generalbriefe oder Generalrescripte (d), ohne dadurch eine begränzte Gültigkeit andeuten zu wollen. Späterhin aber, als diese Form der Gesetzgebung die vorherrschende wurde, wandte man auch nicht einmal diesen Namen ferner auf sie an, sondern begriff sie unter dem allgemeinen Namen leges, edicta, edictales constitutiones (e). Die öffentliche Bekanntmachung, die aus der Gestalt, worin wir sie kennen, meist nicht erhellt, verstand sich dabey von selbst,

(d) *L.* 1 § 2 *de fugit.* (11. 4.) „*Est etiam generalis epistola* D. Marci et Commodi, qua declaratur, et praesides et magistratus, et milites stationarios dominum adjuvare debere in inquirendis fugitivis" etc. *L.* 3 § 5 *de sepulchro viol.* (47. 12.) „D. Hadrianus rescripto poenam statuit quadraginta aureorum in eos qui in civitate sepeliunt, quam fisco inferri jussit, et in magistratus eadem qui passi sunt... *quia generalia sunt rescripta*, et oportet Imperialia statuta suam vim obtinere et in omni loco valere." — Eben dahin gehört vielleicht die epistola D. Hadriani über die Bürgschaften § 4 *J. de fidej.* (3. 20.). Gajus III § 121. 122. — In den beiden zuerst genannten Fällen eignete sich die Sache zu dieser Behandlung durch ihre polizeyliche Natur. Solche Rescripte waren dasselbe, was wir Circularrescripte nennen, an viele Behörden zu gleicher Zeit gerichtet.

(e) So z. B. nennt Justinian in *L.* 5 *pr. C. de receptis* (2. 56.) seine eigene frühere Verordnung (*L.* 4 *eod.*) eine lex, obgleich dieselbe ein Anschreiben an den Praefectus praetorio gewesen war. Noch entscheidender ist hierin der Theodosische Codex, der fast ganz aus solchen Anschreiben besteht, und dessen Bestandtheile dennoch von dem Urheber selbst als „constitutiones... edictorum viribus aut sacra generalitate subnixae", und „edictales generalesque constitutiones" bezeichnet werden. *L.* 5. 6 *C. Th. de const.* (1. 1.) ed. Hänel. — Hierüber irrt Güpet S. 84, der sich durch die äußere Form dieser Anschreiben verleiten läßt, sie unter die Rescripte zu zählen und den Edicten entgegen zu setzen, woraus er dann ferner Folgerungen für die wahren eigentlichen Rescripte ableitet, vgl. oben § 23 Note g.

und wurde von den Staatsbeamten, an die sie gerichtet waren, nach allgemeinen Vorschriften bewirkt, ohne daß es dazu in jedem einzelnen Fall einer besonderen Anweisung bedurfte; zuweilen jedoch wurde diese Anweisung in der Verordnung selbst ausgedrückt (f). Eben so konnten auch die pragmaticae sanctiones eigentliche Gesetze seyn (g), so daß bey ihnen wie bey den weniger förmlichen epistolae immer noch Etwas hinzugedacht werden muß, wenn sie in das Gebiet der eigentlichen, in ihrer Gültigkeit begränzten Rescripte fallen sollen.

Was ist es nun also, das die eigentlichen Rescripte characterisirt, und von den Edicten streng unterscheidet? Es ist ihre Bestimmung, lediglich auf einen einzelnen Rechtsfall einzuwirken, womit denn von selbst verbunden ist der Mangel jeder öffentlichen Bekanntmachung. Dagegen haben sie mit anderen Constitutionen das gemein, daß sie auf einer Regel beruhen, und diese Regel aussprechen, jedoch nur zum Zweck dieser concreten Anwendung. Übrigens kommen bey ihnen folgende wichtige Unterschiede vor.

1. Sie werden erlassen auf die Anfrage bald einer einzelnen Partey (libellus), bald einer Richterbehörde (h). Dieses letzte kommt besonders in der wichtigen, zu einer

(f) Z. B. in *L. un. C. de grege domin.* (11. 75.). Andere Stellen sind gesammelt bey Güyet S. 74.

(g) So z. B. Justinians Sanctio pragmatica pro Petitione Vigilii über die Einrichtung von Italien nach der vollendeten Eroberung.

(h) *L 7 pr. C. de div. rescr.* (1. 23.).

besonderen Prozeßform ausgebildeten Anwendung vor, da ein Richter den Kaiser bittet, ihm das auszusprechende Urtheil vorzuschreiben (relatio, consultatio). Hier erscheint der Kaiser nicht selbst als Richter, sondern als Urtheilsfasser für einen andern Richter, ganz wie unsre Juristenfacultäten bey der Actenversendung. Daher wird eine solche Verfügung und die Rescripte nicht unter die Decrete gerechnet. Justinian hat diese Consultationen verboten, was jedoch nicht so unbedingt verstanden werden darf, als es nach den Worten scheinen könnte (i).

2. Die in ihnen enthaltene Regel ist bald mit der einzelnen Entscheidung verwebt, bald abgesondert ausgesprochen, und dann als Grund der Entscheidung benutzt, so daß sie in derselben Gestalt auch als Gesetz hätte aufgestellt werden können, was nur hier nicht geschehen ist. Solche Rescripte heißen generalia rescripta, in einem andern Sinn, als in welchem der Ausdruck oben vorgekommen ist (k).

(i) Über die Consultationen vgl. überhaupt Hollweg Civilprozeß I § 10. — Die Aufhebung derselben ist enthalten in der Nov. 125 vom J. 544. Daß diese Aufhebung nicht unbedingt gelten sollte, kann erst in der Lehre von der Auslegung der Gesetze § 48 gezeigt werden. Außerdem aber versteht es sich von selbst, daß wenn ein Richter, trotz des Verbots dennoch anfragte, und der Kaiser sich zu einer Antwort entschloß, der Richter daran so gut als vor der Nov. 125 gebunden war. Eben so wenn der Kaiser aus eigener Bewegung oder auf Bitte einer Partey, ein Rescript an den Richter erließ. Die Wirkung der Rescripte auf einen einzelnen Rechtsstreit war also jetzt zwar beschränkt worden, aber keinesweges ganz aufgehoben.

(k) *L.* 89 § 1 *ad L. Falc.* (35. 2.) „generaliter rescripserunt", *L.* 1 § 3 *de leg. tut.* (26. 4.) „generaliter rescripsit", *L.* 9 § 2 *de her. inst.* (28. 5.) „rescripta generalia", *L.* 9 § 5 *de jur. et facti ign.* (22. 6.) „ini-

3. Die von ihnen angewendete Regel ist oft schon in dem bisherigen Recht vollständig enthalten, so daß der Kaiser in derselben Weise, wie ein respondirender Jurist, thätig ist; oft aber wird in dem Rescript das bisherige Recht durch freye Interpretation fortgebildet. Dieses geschieht besonders da, wo polizeyliche oder staatswirthschaftliche Rücksichten die neue Regel bestimmen, und wo kein Recht einer andern Person dadurch gefährdet wird (l).

Die Wirksamkeit der Rescripte läßt sich in folgenden Regeln zusammenfassen: 1) Sie sollten Gesetzeskraft haben für den einzelnen Fall, worin sie erlassen waren. 2) Für jeden andern Fall sollten sie diese Gesetzeskraft nicht haben. 3) Dagegen wirkten sie auch auf andere Fälle mit der Kraft einer großen Autorität.

Die Gesetzeskraft für den einzelnen Fall folgt daraus, daß ihnen dieselbe in den Digesten und Institutionen im Allgemeinen beygelegt (§ 23), im Codex aber für jeden anderen Fall, als für welchen sie erlassen waren, abgesprochen wird, so daß die Anwendbarkeit der Gesetzeskraft gerade

tium constitutionis generale est." — Die in diesen Stellen angeführten Rescripte beziehen sich auf einzelne Rechtsfälle, und unterscheiden sich dadurch von den in der Note d. angeführten Generalrescripten. Der Ausdruck generale rescriptum soll aber doch auf der andern Seite hier mehr bedeuten, als blos den Gegensatz gegen personalis constitutio (Note c).

(l) Beide Rücksichten zugleich erklären es, warum vorzüglich die Lehre von den Excusationen so sehr durch bloße Rescripte erweitert wurde. *Fragm. Vatic.* § 191. 208. 247. — § 159. 206. 211. 215. 246. — Besonders merkwürdig ist § 236, worin die Absicht einer Neuerung geradezu ausgesprochen ist: „quo rescripto declaratur ante eos non habuisse immunitatem."

nur für diesen einzelnen Fall übrig bleibt. Sie hat hier den Sinn, daß jeder über diesen Fall urtheilende Richter, dem das Rescript vorgelegt wird, an dessen Befolgung strenge gebunden ist, ohne seiner eignen Überzeugung Raum geben zu dürfen. Diese große Wirkung war vorzüglich wichtig, wenn nicht ein Richter, sondern eine Partey sie ausgewirkt hatte; hier erscheinen sie als ein der Person erworbenes Recht, welches auch von Erben und Streitgenossen, und auch noch nach längerer Zeit geltend gemacht werden konnte (m). Aber in demselben Fall waren sie auch besonders gefährlich, schon wegen der möglichen Verfälschung, noch weit mehr aber, weil sie durch unwahre oder einseitige Darstellung der Thatsachen bewirkt seyn konnten. Gegen die Verfälschung suchte man Schutz in genauen Vorschriften über Form und Kennzeichen der Rescripte (n). Wegen unrichtiger Darstellung der Thatsachen war es stets der Gegenpartey gestattet, ein besonderes Proceßverfahren einzuleiten (o). Damit hieng auch die Vorschrift zusammen, daß jedes Rescript ungültig seyn sollte, welches entweder mit dem Staatsinteresse in Widerspruch stände, oder mit anerkannten Rechtsregeln (contra jus) (p). Durch diese letzte Bestimmung wollten nicht etwa

(m) *L.* 4. 12 (sonst 2 und 10) *C. Th. de div. rescr.* (1. 2.), *L.* 1. 2 *C. de div. rescr.* (1. 23.).

(n) *L.* 3. 4. 6 *C. de div. rescr.* (1. 23.), *L.* 1 *C. Th. eod.* (1. 2.).

(o) *L.* 7 *C. de div. rescr.* (1. 23.), *L.* 2. 3. 4. 5. *C. si contra jus* (1. 22.). Darauf bezieht sich auch die gegen Rescripte (d. h. gegen die auf sie gegründete Urtheile) zugelassene Appellation. *L.* 1 § 1 *de appell.* (49. 1.).

(p) *L.* 2 (sonst 1) *Cod. Th.*

die Kaiser der Fortbildung des Rechts durch ihre Rescripte entsagen; vielmehr war hier an solche Rescripte gedacht, worin die Kaiser durch unwahre Darstellung verleitet seyn möchten, wider ihren Willen die bestehenden Rechtsregeln zu verletzen. — Erwägt man diese mit der Gesetzeskraft der Rescripte verbundenen Gefahren, so hätte man es allerdings für zweckmäßiger halten mögen, wenigstens an die Parteyen gar keine Rescripte in Rechtssachen zu erlassen, wie es auch in der That Trajan gehalten haben soll: auch ist durch diese Betrachtung Justinian zuletzt bewogen worden, den Richtern die Beachtung der Privatrescripte zu untersagen, mithin die Gesetzeskraft derselben gänzlich aufzuheben (q).

Dagegen wurde den Rescripten die Gesetzeskraft für andere Fälle, als den, wofür sie erlassen waren, wiederholt und auf das Bestimmteste abgesprochen. Dieses geschah in besonderer Anwendung auf die durch consultationes der Richter veranlaßte Rescripte (r), bey welchen eine

de div. rescr. (1. 2.), *L.* 6 *C. si contra jus* (1. 22.), *L.* 3. 7. *C. de precibus* (1. 19.), *Nov.* 82. *C.* 13.

(q) Capitolini Macrinus C. 13 „quum Trajanus nunquam *libellis* responderit." Er wollte also nur an die Obrigkeiten Rescripte erlassen, nicht an Parteyen. Mehrere Rescripte von Trajan sind zusammengestellt von Schulting diss. pro rescriptis § 15. — Justinian hat die Beachtung der Privatrescripte verboten in der Nov. 113 C. 1 vom J. 541.

(r) *L.* 11 (sonst 9) *C. Th. de div. rescr.* (1. 2.), *L.* 2 *C. de leg.* (1. 14.) „Quae ex relationibus ... vel consultatione ... statuimus ... nec generalia jura sint, sed leges faciant his duntaxat negotiis atque personis, pro quibus fuerint promulgata." *L.* 13 *C. de sentent. et interloc.* (7. 45) „Nemo judex vel arbiter existimet, neque consultationes, quas non

solche weitere Wirksamkeit noch am unbedenklichsten hätte erscheinen können; daraus folgte aber dieselbe Einschränkung für die Privatrescripte so sehr von selbst, daß es nicht einmal nöthig schien sie besonders auszusprechen. Diese Einschränkung hatte zunächst den Grund, daß durch die Rücksicht auf den einzelnen Rechtsfall, und besonders auf den vielleicht ganz unwahren Vortrag der Partey, auch die aus-

rite judicatas esse putaverit, sequendum ... cum non exemplis sed legibus judicandum sit." Diese letzte Stelle ist in zweyerley Rücksicht besonders wichtig: erstlich weil sie in den hier abgedruckten Worten ausdrücklich sagt, wovon die Rede ist, nämlich von der Anwendung der einmal angenommenen Regel auf neue Fälle gleicher Art: zweytens weil sie mit den Consultationen (d. h. mit den durch diese veranlaßten Rescripten) zusammenstellt die Urtheile mehrerer hohen Gerichtshöfe, aber nicht die des Kaisers selbst. Durch deren Auslassung ist jeder Widerspruch der Stelle mit *L.* 12 *pr. C. de leg.* (1. 14.) (§ 23 Note o.) sehr vorsichtig vermieden. Es wird also unterschieden zwischen den Urtheilssprüchen des Kaisers selbst, über eine vor ihm verhandelte Sache, und den Urtheilen der Richter, welchen nur ein Rescript des Kaisers zum Grunde lag. Denn diese letzten Urtheile hatten mit jenen ersten weder gleiche Publicität, noch gleiche Zuverlässigkeit, da in ihnen noch immer ein Misverständniß über den Sinn des Rescripts denkbar war. — Viele wollen ausnahmsweise den Rescripten eine allgemeine Kraft beylegen, wenn sie eine authentische Interpretation enthalten, weil *L.* 12 § 1 *C. eod.* sagt: „interpretationem, *sive in precibus*, sive in judiciis, sive alio quocunque modo factam, ratam et indubitatam haberi." (Glück. 1 § 96 N. III.). Allein gültig waren ja auch die Rescripte, sogar wie Gesetze gültig, nur beschränkt auf den einzelnen Fall. Hätte ihnen hier Justinian eine allgemeine Gültigkeit beylegen wollen, im Widerspruch mit den angeführten andern Stellen, so würde er das nicht in den beyläufigen Worten sive in precibus angedeutet, sondern eben so ausdrücklich gesagt haben, wie er es unmittelbar vorher von den Decreten wirklich gesagt hat.

gesprochene Regel selbst leicht eine so einseitige Gestalt erhalten konnte, daß ihre allgemeine Anwendung sehr bedenklich werden mußte. Dazu kam aber der noch durchgreifendere Grund, daß den Rescripten die öffentliche Bekanntmachung fehlte. Dieser Grund paßt auf die interpretirenden Rescripte so gut als auf alle anderen, und es ist unrichtig, wenn jenen eine verbindliche Kraft für andere Fälle von Manchen beygelegt wird, was jedoch erst unten ganz klar gemacht werden kann (§ 47). — Auch bey den Rescripten, wie bey den Decreten (§ 23), ist diese Einschränkung in neuerer Zeit häufig misverstanden worden. Auch hier hat man sie mit dem Verbot einer ausdehnenden Interpretation verwechselt, da doch nur von der Anwendung derselben (gar nicht erweiterten Regel) auf neue Fälle ganz gleicher Art die Rede war. Auch hier hat man die Einschränkung verwechselt mit der Rechtsregel, daß ein rechtskräftiges Urtheil nur unter den Partheyen gelte. Davon war aber hier noch weniger als bey den Decreten die Rede, ja es konnte hier nicht die Rede davon seyn. Denn wenn z. B. der Testamentserbe ein Testament von bedenklicher Gültigkeit dem Kaiser vorlegte, und der Kaiser durch Rescript die Gültigkeit anerkannte, so konnte davon der Testamentserbe gegen jeden Intestaterben Gebrauch machen, indem ein bestimmter Gegner in der Bittschrift nicht einmal bezeichnet zu seyn brauchte.

Aber auch nur die Gesetzeskraft für andere Fälle sollte

den Rescripten entzogen seyn, nicht die Einwirkung, die sie als große Autoritäten darauf haben konnten (s). Diese zu verbieten war unmöglich, ja es konnte nicht einmal als wünschenswerth erscheinen. Vielmehr lag eben hierin ein vorzügliches Mittel der Fortbildung des Rechts, und es liegt in den Digesten vor unsren Augen, wie fleißig die alten Juristen dieses Mittel benutzt haben. Die Gefahr vor schlechten Rescripten war bey dieser Art des Gebrauchs nicht bedeutend, da der Character einer bloßen Autorität die Kritik und Verwerfung einzelner Rescripte niemals ausschloß. Dennoch soll einmal wegen dieser Gefahr der Kaiser Macrinus den Gedanken gehabt haben, alle alten Rescripte aufzuheben, was offenbar nur auf diese Autorität zu beziehen ist (t).

(s) Manche scheinen die von Gajus und Ulpian den Rescripten beygelegte legis vis auch wohl von diesem Einfluß als Autorität zu verstehen, aber gewiß unrichtig. Diese Juristen wußten ihre Ausdrücke besser zu wählen, als man ihnen hier zutraut. Meynten sie etwas so Unbestimmtes, wie Einfluß und Wirksamkeit überhaupt, so würde Gajus die legis vis bey dem jus honorarium nicht ausgelassen haben: eben so hätte er im § 7 nicht blos die responsa prudentium genannt, sondern die weit mehr ins Große wirkende Auctoritas Prudentium. — Eben so aber wäre es auf der anderen Seite irrig, den unbestimmten Ausdruck des Gajus (I § 5) so zu deuten, als wollte er den Rescripten eine eben so allgemein verbindende Kraft, wie den Edicten der Kaiser, zuschreiben. Eben so scheinbar allgemein legt er im § 7 den Responsen „legis vicem" bey, und nur erst aus dem folgenden Gegensatz wird es beyläufig klar, daß doch nur von der gesetzlich bindenden Kraft für den judex des einzelnen Rechtsstreits die Rede seyn sollte.

(t) Capitolini Macrinus C. 13. „Fuit in jure non incallidus, adeo ut statuisset omnia rescripta veterum principum tollere, ut jure non rescriptis ageretur, nefas esse dicens leges videri Commodi et Cara-

Von diesem Gesichtspunct aus erklären sich leicht alle Erscheinungen, die wir bey den Rescripten finden. Es erklärt sich, daß die Juristen davon eine sehr umfassende Kenntniß haben konnten, da sie selbst meist in der Nähe des Kaisers lebten, oft die Abfassung der Rescripte besorgten, noch öfter aber freyen Zutritt zu den Archiven haben konnten (u). Es erklärt sich, daß sie schon frühe Sammlungen der Rescripte in der Form von Büchern bekannt machten (v). Es erklärt sich aber auch, daß sie nicht selten das Gegentheil lehrten von dem, was in einem Rescript enthalten war, entweder weil sie es zufäl-

calli et hominum imperitorum voluntates, quum Trajanus nunquam libellis responderit, ne ad alias causas facta praeferrentur, quae ad gratiam composita viderentur." Jenes Vorhaben des Kaisers konnte nur auf die Autorität der Rescripte für die Zukunft gehen, denn die Rechtsfälle selbst, worin die veteres principes rescribirt hatten, waren ja damals längst erledigt und vergessen.

(u) Es ist also nicht nöthig, wegen dieser sehr gewöhnlichen Bekanntschaft mit den Rescripten, eine öffentliche Bekanntmachung derselben anzunehmen, wie es von Hüpet a. a. O. S. 74 geschieht.

(v) So z. B. Papirii Justi libri XX constitutionum, welches nach den erhaltenen Fragmenten Rescripte waren. Späterhin der Gregorianische und Hermogenianische Codex wenigstens zum großen Theil. — Ferner gehören dahin ohne Zweifel die Semestria des D. Marcus, halbjährige Sammlungen einer Auswahl der wichtigsten Rescripte (vielleicht auch Decrete) des Kaisers, vielleicht von Privatpersonen veranstaltet, vielleicht auch vom Kaiser selbst, in welchem Fall dieses als eine Art von gesetzlicher Publication hätte gelten können. Vgl. darüber Brissonius v. Semestria, Cujacius in Papin. L. 72 de cond., Opp. IV. 489, deren Erklärung der Semestria ich nicht fur richtig halte.

lig nicht kannten, oder weil sie dessen Inhalt als unrichtig verwarfen (w).

Aus dieser Zusammenstellung der in verschiedenen Zeiten über die Rescripte erlassenen Vorschriften ergiebt es sich, daß sie zwar noch zur Zeit der Justinianischen Rechtsbücher von der größten Wichtigkeit waren, daß aber ihr Einfluß durch die Gesetzgebung der Novellen fast ganz vernichtet worden ist.

IV. Mandate. Dieses waren Instructionen der Kaiser an Beamte, die in ihrem Auftrag zu handeln hatten. Regelmäßig kamen solche vor bey den Legaten, die in den Kaiserlichen Provinzen als Stellvertreter der Kaiser verwalteten, so wie ja auch die gewöhnlichen Proconsuln Mandate erlassen konnten (wohin z. B. die mandata jurisdictio gehört). Solche Mandate hatten in der Provinz dasselbe Ansehen wie die Provinzialedicte. Daß sie weit seltener als andere Arten der Constitutionen erwähnt werden, erklärt sich wohl aus der im Verhältniß zum ganzen Reich abhängigeren Lage der Provinzen, in welchen daher nur selten die Fortbildung des gemeinen Römischen Rechts ihren Anfang nehmen mochte. Die meisten Mandate, von welchen wir Nachricht haben, betreffen das Criminalrecht oder Polizeyvorschriften (x). Ein bedeutender Fall, in welchem sie bey einem neuen Satz des Privatrechts ange-

(w) Stellen solcher Art finden sich gesammelt bey Hüpet a. a. O. S. 55 fg.

(x) Brissonius de formulis Lib. 3 C. 84.

führt werden, betrifft die Militärtestamente (y): allein hier erklärt es sich leicht aus der Natur des Gegenstandes, da ein Feldzug, welcher bey einem solchen Testament vorausgesetzt wird, nur in Provinzen vorkommen konnte, und daher auch in solchen hauptsächlich dieser Rechtssatz zur Anwendung zu bringen war. Eben so gründete sich auf Mandate das Verbot der Ehe zwischen Römischen Provinzialbeamten und Frauen aus dieser Provinz (z). — Gajus und Ulpian übergehen die Mandate in der Aufzählung der Arten der Constitutionen: dieses kann eben aus der erwähnten geringeren Wichtigkeit herrühren: vielleicht auch daher, daß sie auf den Umfang einzelner Provinzen beschränkt waren, so daß ihnen eben so wenig, als dem jus honorarium, die den übrigen Constitutionen zukommende legis vis beygelegt werden konnte.

Das Resultat dieser Untersuchung über die Wirksamkeit der Kaiserconstitutionen läßt sich in folgenden Sätzen zusammenfassen. Die Edicte und Mandate waren eigentliche Gesetze, für Richter und Parteyen gleich verpflichtend: die Mandate natürlich nur in den Provinzen, wofür sie erlassen waren. Die Rescripte hatten Gesetzeskraft nur für den einzelnen Fall, wofür sie erlassen waren; seit Justinians neuesten Vorschriften auch hier nur

(y) *L.* 1 *pr. de test. mil.* (29. 1.) „et exinde mandatis inseri coepit caput tale: Cum in notitiam" etc.

(z) *L.* 2 § 1 *de his quae ut ind.* (31. 9.), *L.* 6 *C. de nupt.* (5. 4.).

sehr beschränkt, indem die an Privatpersonen erlassenen ganz unbeachtet bleiben sollten, den Richtern aber, der Regel nach (mit Ausnahme der zweifelhaften Gesetzauslegung) untersagt wurde, Rescripte einzuholen. Decrete waren für den einzelnen Fall wie rechtskräftige Urtheile; insoferne sie Endurtheile enthielten (nicht bloße Interlocute), sollte die in ihnen ausgesprochene Rechtsregel als wahres Gesetz allgemeine Gültigkeit haben. — Daneben aber hatten alle Arten der Constitutionen, ohne Rücksicht auf diese Unterschiede und Einschränkungen, überall die natürliche Kraft großer Autoritäten für Jeden, der zufällig Kenntniß von ihnen erhalten hatte.

Für alle diese Arten der Kaisergesetze machte Justinians Coder einen großen Abschnitt. Was hier aufgenommen wurde, erhielt Gesetzeskraft, wenngleich es als Rescript oder Decret dieselbe für künftige Fälle bisher nicht gehabt hatte: das nicht Aufgenommene war eben dadurch als Gesetz abgeschafft (aa). Die hier aufgestellten Regeln also sollten von nun an auf diejenigen Constitutionen Anwendung finden, welche nach der Bekanntmachung des Coder, von Justinian oder seinen Nachfolgern erlassen werden würden.

Als eine Art von Anhang oder Surrogat der Kaiser-

(aa) Const. *Summa* § 3. — Damit sollten aber nicht auch die Privilegien aufgehoben seyn, die etwa einer Corporation oder einem Einzelnen durch Rescripte ertheilt seyn möchten. ibid. § 4.

lichen Gesetzgebung konnten betrachtet werden die Edicte oder generales formae der Praefecti Praetorio. Schon Alexander Sever gab ihnen allgemein verbindliche Kraft, wenn sie den Gesetzen nicht widersprächen, und so lange der Kaiser nicht anders verfügen würde (bb). Justinian beruft sich auf einzelne derselben wie auf Gesetze (cc). Einige Bruchstücke von solchen haben sich hinter unsrer Novellensammlung erhalten (dd). Cassiodor schreibt dem Präfecten eine gleichsam gesetzgebende Gewalt zu (ee).

§. 25.

Aussprüche der Römer über das Gewohnheitsrecht.

Quellen: Dig. I. 3.
Cod. VIII. 53.
Cod. Th. V. 12.

Bey Cicero findet sich, mitten unter ziemlich verworrenen Gedanken, folgende merkwürdige Äußerung über das Gewohnheitsrecht. „Es giebt eine Regel des Lebens, sagt er, die nicht aus der Meynung der Einzelnen, sondern aus einer unsrer sittlichen Natur inwohnenden Nothwendigkeit entspringt. In der Gemeinschaft der zusammen

(bb) *L.* 2 *C. de off. praef. praet. Or. et Ill.* (1. 26.). Das war damals für das ganze Reich zu verstehen, seit Constantin für jede Präfectur besonders, so wie vormals bey den Provinzialedicten der Proconsuln.

(cc) *L.* 16 *C. de jud.* (3. 1.). *L.* 27 *C. de fidejuss.* (8. 41.).

(dd) Nov. 165. 166. 167. 168. Vgl. Biener Geschichte der Novellen S. 98. 118.

(ee) Cassiodor. Var. VI. 3. Formula Praef. Praet. „Pene est ut leges possit condere" etc.

lebenden Menschen wird diese Regel theils, wo sie nur als unbestimmte Richtung vorhanden war, zu bestimmter Gestalt ausgebildet, theils erweitert, theils als unveränderliche Sitte befestigt." Diesem Allen setzt er nachher die lex, oder die positive, durch Willkühr gebildete Regel entgegen (a). — Bey den alten Juristen finden wir das Gewohnheitsrecht nicht in der ihm zukommenden Ausdehnung und Wichtigkeit anerkannt. Dieses erklärt sich leicht daraus, daß zu ihrer Zeit der größte Theil des alten nationalen Gewohnheitsrechts schon längst in andere Rechtsformen übergegangen war, also nicht mehr in seiner ursprünglichen Gestalt erschien (§ 15. 18). Zur Erzeugung eines neuen allgemeinen Gewohnheitsrechts auf dem rein volksmäßigen Wege war aber ihr Zeitalter weniger geeignet (§ 7). Daher war es meist nur partikuläres Gewohnheitsrecht, was ihnen im wirklichen Leben vorkam, und auf dieses beziehen sich die meisten Stellen über Gewohnheitsrecht, die aus ihren Schriften erhalten sind (b). Dennoch sind die Ansichten, die sie darüber aufstellen, im Ganzen befriedigend, und wenn durch dieselben neuere Schriftsteller zu irrigen Meynungen verleitet worden

(a) Cicero de inventione II 53. 54. „Natura jus est, quod non opinio genuit, sed quaedam innata vis inseruit, ut religionem, pietatem.... Consuetudine jus est, quod aut leviter a natura tractum aluit et majus fecit usus, ut religionem: aut si quid eorum, quae ante diximus, ab natura profectum, majus factum propter consuetudinem videmus, aut quod in morem vetustas vulgi approbatione perduxit."

(b) Puchta Gewohnheitsrecht I S. 71 fg.

sind, so lag dieses nur an der Unbestimmtheit des Ausdrucks. Nach der Lehre der Römer ist ein Rechtssatz als begründet anzusehen, wenn er in langer, vieljähriger consuetudo erscheint, und der Grund seiner Gültigkeit ist der stillschweigende consensus des populus, also derer, die jenen Rechtssatz üben (utentium, auch omnium) (c). Dieses wurde nun so misverstanden, als ob die Gewöhnung den Entstehungsgrund des Rechts enthielte, und als ob die Bildung dieses Rechts durch den willkührlichen Entschluß der Einzelnen bewirkt würde, also durch den Willen derjenigen Personen, welche auch in den Comitien die Gesetze machen. Diese letzte Deutung war besonders deshalb wichtig, weil dadurch das Gewohnheitsrecht in unmittelbare Verbindung mit einer besonderen Staatsverfassung gesetzt zu seyn schien, wodurch es auf das kaiserliche Rom und auf unsre Monarchien seine Anwendbarkeit verlieren würde. Allein in der That ist ihnen die consuetudo nicht der Entstehungsgrund dieser Art des Rechts, sondern nur die sinnliche Erscheinung derselben, also das Mittel sie zu erkennen, wie sie ja auch die Formen des geschriebenen Rechts von dieser Seite aufzufassen pflegen (§ 22). Die Richtigkeit dieser Ansicht ergiebt sich daraus, daß in mehreren Stellen die ratio, d. h. die gemeinsame unmittelbare Überzeugung von dem Daseyn und der Gültigkeit einer Rechtsregel, als eigentlicher Entste-

(c) Gajus III § 82. Ulpian. *leg.* (1. 3.). § 9. 11 *J. de j. nat.* tit. de leg. § 4. *L.* 32—40 *de* (1. 2.).

hungsgrund, noch neben der Gewohnheit selbst genannt wird (d). Eben so ist consensus nicht ein willkührlicher Entschluß, der eben so gut auch in entgegengesetzter Richtung gedacht werden könnte, sondern die aus innerer Nothwendigkeit übereinstimmende Gesinnung. Daher ist denn auch der populus, dem dieser consensus zugeschrieben wird, nicht sowohl die Gesammtheit der in Tribus und Centurien in irgend einem Zeitpunct eingeschriebenen Bürger, als vielmehr die ideale, durch alle Generationen fortdauernde, Römische Nation, die in den verschiedensten Verfassungen stets als dieselbe gedacht werden kann (e). Die Richtigkeit dieser Erklärung zeigt sich zuvörderst in dem hohen Grad von Gewißheit, der als Grundcharacter des Gewohnheitsrechts angegeben wird (f), und der offenbar einer

(d) *L.* 39 *de leg.* (1. 3.) „Quod non *ratione introductum*, sed errore primum, deinde *consuetudine obtentum* est: in aliis similibus non obtinet." (Die alia similia sind die künftigen ganz gleichen Fälle.) *L.* 1 *C. quae sit. l. c.* (8. 53.) „Nam et consuetudo praecedens, *et ratio quae consuetudinem suasit*, custodienda est." Vgl. Puchta S. 61. 81.

(e) Gegen diese letzte Behauptung wird mit vielem Schein angeführt *L.* 32 § 1 *de leg.* (1. 3.), worin aus dem expressus populi consensus in der lex auf den tacitus in der consuetudo geschlossen wird. Allein erstlich soll hier durch diese Vergleichung nicht sowohl die Gültigkeit der Gewohnheit selbst, als vielmehr die Art dieser Gültigkeit (das legis vice) dargethan werden (Puchta S. 84). Zweytens behaupte ich auch gar nicht, daß sich die alten Juristen des Gegensatzes in den Bedeutungen von populus stets deutlich bewußt gewesen sind. Die hier vertheidigte Ansicht würde nur dann widerlegt seyn, wenn die alten Juristen, gerade bey deutlichem Bewußtseyn des Gegensatzes, die Gesammtheit der cives, und nicht die ideale Nation, als Subject des Gewohnheitsrechts anerkannt hätten.

(f) *L.* 36 *de leg.* (1. 3.): „quod in tantum probatum est ut non

gemeinsamen Volksüberzeugung angemessener ist, als einem willkührlichen Entschluß Einzelner zu einzelnen wiederkehrenden Handlungen. Dann aber bewährt sich die Richtigkeit jener Erklärung auch in den Bedingungen und Kennzeichen, die uns für das Gewohnheitsrecht angegeben werden.

Es soll nämlich ein Gewohnheitsrecht erkannt werden in der gemeinsamen Überzeugung der Rechtskundigen, der Prudentium auctoritas (g). Diese können nun sehr wohl das Organ seyn, worin das gemeinsame Volksbewußtseyn in besonderer Kraft und Bestimmtheit lebt und wirkt (§ 14), dagegen würde es sehr unpassend seyn, durch ihren willkührlichen Entschluß die ganze Nation binden zu lassen. Und doch soll für diese, und nicht für die Juristen allein, das Gewohnheitsrecht gelten. — Ferner wird uns als ein vorzügliches Erkenntnißmittel des Gewohnheitsrechts angegeben die Übereinstimmung richterlicher Erkenntnisse (h). Auch hierin liegt eine Bestätigung unsrer Erklärung, indem diese Erkenntnisse ein besonders glaubwürdiges Zeugniß für das Daseyn einer Volksüberzeugung ablegen können, während der willkührliche Entschluß der Richter unmög-

efurit necesse scripto id comprehendere."

(g) *L.* 2 § 5. 6. 8. 12. *de orig. jur.* (1. 2.).

(h) *L.* 38 *de leg.* (1. 3.), *L.* 1 *C. quae sit l. consu.* (8. 53.). Ganz vorzüglich bey dem particulären Gewohnheitsrecht *L.* 34 *de leg.* (1. 3.) (Puchta I S. 96). — Es ist merkwürdig, daß die res judicatae in der allgemeinen Aufzählung der Rechtsquellen bey den rhetorischen Schriftstellern ganz gewöhnlich vorkommen, bey den alten Juristen nicht (§ 22). Anerkannt übrigens waren sie zu allen Zeiten (§ 12 Note b.).

lich die Nation binden könnte. Ganz irrig aber wäre es, den res judicatae an sich, abgetrennt von Gewohnheitsrecht, eine solche Kraft beylegen zu wollen, da gerade im Gegentheil ausdrücklich verordnet ist, durch Präjudicien allein solle sich kein Richter bestimmen lassen (i). Das kann also nur den Sinn haben, daß Präjudicien an sich selbst ohne Einfluß, als Zeugnisse für ein Gewohnheitsrecht aber von dem höchsten Einfluß seyn sollen. — Zur Ergänzung dieser Bedingungen gehört noch die Regel, daß ein erweislicher Irrthum das Daseyn des Gewohnheitsrechts ausschließt (k): ferner die andere, daß der Kaiser entscheiden soll, wenn die Gewohnheit zu neu ist, um für sich allein das Daseyn eines gemeinsamen Bewußtseyns außer Zweifel zu setzen (l). — Mehr findet sich im Römischen Recht über die Bedingungen des Gewohnheitsrechts nicht. Namentlich ist ihm ganz fremd die Ansicht, daß dasselbe, als eine bloße Thatsache, von demjenigen bewiesen werden müsse, der sich darauf berufe (m).

Über die Wirkung des Gewohnheitsrechts endlich stellt das Römische Recht den Grundsatz auf, daß es legis vicem vertrete (n). Das heißt, nach der oben gegebenen

(i) *L.* 13 *C. de sent. et interloc.* (7. 45.). S. o. § 24 Note r.

(k) *L.* 39 *de leg.* (1. 3.) s. o. Note d. Puchta I. S. 99. Der ganz natürliche Grund liegt darin, daß die Gewohnheit nun die erweisliche Folge des Irrthums, also nicht Ausdruck und Kennzeichen eines gemeinsamen Rechtsbewußtseyns ist, was ihr allein Kraft verleihen kann.

(l) *L.* 11 *C. de leg.* (1. 14.).

(m) Puchta I. S. 110.

(n) S. o. § 22. Note x.

Erklärung (§ 22), es wirkt nicht nur mit eben so entschiedener Kraft, sondern auch in derselben Weise, wie eine Lex, so daß es durch seine Natur nicht auf einen bestimmten Amtssprengel, noch auf bestimmte Zeit, wie das jus honorarium, eingeschränkt ist. Mit dieser Eigenschaft steht aber die Möglichkeit eines partikulären Gewohnheitsrechts keineswegeß im Widerspruch, gerade so wie ja auch ein Gesetz für eine einzelne Stadt oder Provinz erlassen werden kann.

Diese Wirkung kann sich auf eine zwiefache Weise äußern. Zuerst als bloße Ergänzung, wenn der Ausdruck des Gesetzes unbestimmt oder zweydeutig ist (o), oder wenn es über eine Rechtsfrage an einer gesetzlichen Bestimmung gänzlich fehlt (p). Dieses letzte kann nun besonders in solchen Fällen des städtischen Verkehrs Bedürfniß seyn, worin es durchaus nöthig ist, irgend eine feste Bestimmung zu haben, während der Inhalt dieser Bestimmung ziemlich gleichgültig seyn kann. Fehlt es einer Stadt in solchen Fällen an einer bestimmten Gewohnheit, so soll die Gewohnheit der Stadt Rom befolgt werden (q), was nicht blos in ihrer Würde als der ersten Stadt des Reichs gegründet war, sondern noch mehr darin, daß sie ursprünglich die Nation in sich schloß. In einer Zeit also, worin die Nation als Ganzes, wegen ihrer unbestimmten Ausbreitung, eines gemeinsamen Rechtsbewußtseyns weniger

(o) *L.* 38 *de leg.* (1. 3.).

(p) *L.* 32 *pr. L.* 33 *de leg.* (1. 3.). Vgl. Puchta I. S. 87.

(q) *L.* 32 *pr. de leg.* (1. 3.) „si qua in re hoc defecerit ... tunc jus, quo urbs Roma utitur, servari oportet."

mächtig war, konnte füglich Rom als Vertreterin der Nation gelten in der Erzeugung eines neuen Volksrechts, wo dieses nicht zu entbehren war. Dieses Vorrecht wurde im östlichen Reich auf Constantinopel übertragen (r), was eine bloße Folge der allgemeinen Gleichstellung beider Städte war, und keineswegs durch ein ähnliches geschichtliches Verhältniß gerechtfertigt wurde. Übrigens kann diese Ergänzung in verschiedenem Umfang vorkommen: bald für eine einzelne, bisher unbeachtete Seite eines schon bekannten Rechtsinstituts, bald als Erzeugung eines ganz neuen Instituts, mithin als Erweiterung des Rechtssystems selbst. In dieser wichtigeren Art werden die mores erwähnt als Entstehungsgründe der cura prodigi, der verbotenen Schenkung unter Ehegatten, und der Pupillarsubstitution (s).

Zweytens kann sich die Kraft des Gewohnheitsrechts äußern im Widerstreit mit dem Inhalt eines Gesetzes, sey es nun, daß es an die Stelle der gesetzlichen Regel eine andere setze, oder aber jene lediglich aufhebe. Diese Kraft dem Gewohnheitsrecht zuzuschreiben, würden wir schon durch die gänzliche Gleichstellung im Ausdruck (legis vis) genöthigt seyn. Sie ist aber auch deutlich als allgemeine Regel ausgesprochen (t). Und was vollends jeden

(r) *L.* 1 § 10 *C. de vet. j. enucl.* (1. 17.) § 7 *J. de satisd.* (4. 11.).

(s) *L.* 1 *pr. de curat.* (27. 10.), *L.* 1 *de don. int. v. et ux.* (24. 1.), *L.* 2 *pr. de vulg. et pup. subst.* (28. 6.).

(t) *L.* 32 § 1 *de leg.* (1. 3.). „.... Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges

Zweifel entfernen muß, ist der Umstand, daß in allen Zeiten der Römischen Geschichte das Gewohnheitsrecht diese Kraft auf die ausgedehnteste Weise ausgeübt hat. So ist der ganze Theil des prätorischen Edicts, worin das jus civile, und besonders das Zwölftafelngesetz corrigirt wird, Nichts als ein abänderndes Gewohnheitsrecht, an dessen Gültigkeit nie ein Römer gezweifelt hat (u). Eben so ist die Wirksamkeit des usus in der Ehe zum Theil durch Gewohnheitsrecht abgeschafft worden: desgleichen das zweyte Kapitel der lex Aquilia und die interrogatoriae actiones (v). Justinian aber hat jene Kraft des Gewohnheitsrechts in so vielen eigenen Vorschriften anerkannt, ohne irgend ein Bedenken dagegen zu äußern, daß es kaum zu begreifen ist, wie auf dem Standpunkt seiner Gesetzgebung darüber jemals ein Zweifel erhoben werden konnte (w). Zwey Gründe sind jedoch sehr häufig für eine abweichende Meynung geltend gemacht worden. Erstlich, daß in mehreren schon angeführ-

non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur." Vgl. Puchta a. a. O. S. 86. 90.

(u) Cicero de invent. II. 22. „Consuetudinis autem jus esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit. In ea autem... sunt... eorum multo maxima pars, quae praetores edicere consueverunt." Die Misverständnisse der früheren Rechtshistoriker über diesen Punct können nun wohl als beseitigt angesehen werden.

(v) Gajus I § 111., *L.* 27 § 4 *ad L. Aquil.* (9. 2.), *L.* 1 § 1 *de interrog. act.* (11. 1.).

(w) § 11 *J. de j. nat.* (1. 2.), § 7 *J. de injur.* (4. 4.) — *L.* 1 *pr. C. de cad. toll.* (6. 51.), *L.* 1 § 10 *C. de vet. j. enucl.* (1. 17.), Const. *Haec quae necess.* § 2. — *Nov.* 89 *C.* 15. *Nov.* 106.

ten Stellen gesagt werde, die Gewohnheit gelte in Ermangelung eines Gesetzes, was so viel heiße als nur in dieser Ermangelung. Diese überall bedenkliche Erklärungsweise wird im vorliegenden Fall durch den Zusammenhang vollständig widerlegt (x). Mehr Schein hat zweytens der Ausspruch einer Stelle des Codex, die Gewohnheit könne nie ein Gesetz überwinden. Allein hier ist nicht von Gewohnheiten überhaupt, sondern von partikulären allein die Rede, und diese sollen allerdings im Conflict mit einem absoluten Landesgesetz zurück stehen (y).

Alles dieses hatte nun keine Bedeutung mehr für die vor Justinian entstandenen Sätze eines allgemein Römischen Gewohnheitsrechts. Denn diese sollten gewiß nach seiner Absicht entweder in die Rechtsbücher aufgenommen seyn, oder gar nicht mehr gelten. Dagegen war es anwendbar auf jedes künftig entstehende Gewohnheitsrecht, ja auch auf das schon vorhandene partikuläre, soweit dieses überhaupt nach der eben erwähnten Einschränkung Gültigkeit haben konnte. Denn da ein solches in den Plan der neuen Rechtssammlungen gar nicht gehörte, so konnte auch deren ausschließende Natur das Fortbestehen desselben nicht hindern.

(x) *L.* 32 *pr. L.* 33 *de leg.* (1.3.). Vgl. Puchta I. S. 88. — Besonders bey der ersten dieser Stellen ist ein solches argumentum a contrario ganz unbegreiflich, da der Verfasser in den gleich folgenden Worten (§ 1) gerade das Gegentheil sagt.

(y) *L.* 2 *C. quae sit l. consu.* (8. 53.). S. hierüber die Beylage II zu diesem Bande.

Da diese Art der Rechtsquellen übrigens auch im canonischen Recht und den Reichsgesetzen erwähnt wird, so soll davon hier anhangsweise gehandelt werden.

Im canonischen Recht sind mehrere Römische Stellen wörtlich aufgenommen, woraus also nichts Neues hervorgeht (z). Folgende Sätze könnte man für neu und eigenthümlich halten:

1) Die Gewohnheit muß, um gelten zu können, rationabilis seyn. Mit diesem sehr unbestimmten Ausdruck, wenn er auch durch Stellen des Römischen Rechts veranlaßt seyn mag, scheint doch hier etwas Besonderes gemeynt, nämlich eine materielle Prüfung des Inhalts, und eine Anerkennung nur insofern dieser Inhalt gut und zweckmäßig erscheint: um so mehr als diese Bedingung nicht allgemein aufgestellt wird, sondern nur für den Fall eines Conflicts mit den Gesetzen (aa).

2) Die Gewohnheit muß seyn legitime oder canonice praescripta (bb). Daraus haben Viele eine wirkliche Ver-

(z) *C. 4 D. XI = L. 2 C. quae sit l. consu.* (8. 53.), — *C. 6 D. XII = § 9 J. de j. nat.* (1. 2.), — *C. 7 D. XII = L. 1 C. quae sit l. consu.* (8. 53.).

(aa) *C. 11. X. de Consuet.* (1. 4.). *C. 1 de constit. in VI* (1. 2.). Von der Bedeutung dieser Stellen ist in der Beylage II. die Rede.

(bb) *C. 11. X. de consuet.* (1. 4.), *C. 3 de consuet. in VI* (1. 4.); *C. 9. de offic. ord. in VI.* (1. 16.), *C. 50. X. de elect.* (1. 6.). — Über den Sinn dieser Stellen findet sich eine Untersuchung in Meurers jurist. Abhandlungen, Leipzig 1780 N. V, welcher behauptet, es sey hier zwar von Verjährung, aber nicht zur Begründung einer Gewohnheit, sondern zum Erwerb eines einzelnen Rechts die Rede. Zuletzt aber lenkt er doch in die im Text aufgestellte Erklärung ein, wenigstens in Beziehung auf

jährung gemacht, deren Natur jedoch zur Begründung einer allgemeinen Rechtsregel gar nicht paßt. Auch würde die Vorschrift, so aufgefaßt, doch keine bestimmte Anwendung gestatten, da es Verjährungen von sehr verschiedener Dauer giebt, hier aber keine bestimmte Zeit angegeben ist. Sehr wahrscheinlich soll daher dieser Ausdruck, übereinstimmend mit dem Römischen Recht, nur überhaupt eine lange Dauer bezeichnen, und also legitime praescripta hier so viel heißen als longa oder diuturna.

Endlich erwähnen auch mehrere Reichsgesetze des Gewohnheitsrechts, aber nur indem sie überhaupt die Richter zu seiner Befolgung anweisen, ohne dessen Bedingungen oder Wirkung näher zu bestimmen (cc).

§. 26.

Aussprüche der Römer über das wissenschaftliche Recht.

Von früher Zeit her wird das Ansehen der Rechtskundigen, und der Einfluß derselben auf die Fortbildung des Rechts durch Sitte, bezeugt (a). Daß dieser Einfluß

C. 11. X. de consuet. Jene erste Meynung hat von ihm angenommen Glück I § 86 Num. V. — Eichhorn Kirchenrecht S. 42. 43. will jene Stellen nicht von einem eigentlichen Gewohnheitsrecht verstanden wissen, sondern von einer Observanz, d. h. einem stillschweigenden Statut, insofern daraus dritte Personen Rechte herleiten wollen (§ 20. f.). Es mag seyn, daß die Rücksicht auf solche Fälle Veranlassung zu jenen Aussprüchen gegeben hat. Allein daß diese allgemein gefaßt sind, giebt er selbst zu, und so mag doch wohl dem ungenauen Ausdruck auch ein unklarer Gedanke zum Grunde gelegen haben.

(cc) C. C. C. art. 104. — Conc ord. cam. Tit. 19 provem. Tit. 71, Rec. Imp. nov. § 105.

(a) *L.* 2 § 5 *de orig. jur.* (1. 2.).

wachsen mußte, als zu dem Zutrauen in die Geschäftserfahrung auch noch das Übergewicht wissenschaftlicher Bildung hinzutrat, ist augenscheinlich.

August erhöhte und modificirte diesen Einfluß, indem er einzelnen bewährten Juristen das Recht zu Gutachten ertheilte, die von den Richtern wie Gesetze (legis vice) befolgt werden mußten, so lange nicht entgegenstehende Gutachten gleichfalls autorisirter Juristen vorgebracht würden (b). Daneben dauerte die allgemeine, unbestimmte Autorität der juristischen Lehrer und Schriftsteller fort, welche jedoch nicht legis vicem hatte, sondern auf jeden Richter nur durch ihre innere, geistige Kraft einwirkte, wenn etwa in einem Rechtsstreit entweder gar keine, oder widersprechende Gutachten vorgebracht waren.

Die privilegirten Gutachten werden von Gajus als eine noch bestehende Anstalt erwähnt. Sie haben wahr-

(b) Gajus I § 7, § 8 *J. de j. nat.* (1. 2.). — *L.* 2 § 47 *de orig. jur.* (1. 2.). — Ich unterscheide also die Responsa, d. h. die Gutachten jetzt lebender, und zwar autorisirter Juristen über einen einzelnen, ihnen vorgelegten Rechtsstreit, von den Meynungen der gegenwärtigen und früheren Schriftsteller, das heißt der gesammten juristischen Literatur. Der Einfluß der Responsa, wie ein Gesetz den Richter bindend, war etwas ganz Positives und wird auch in den angeführten Stellen so dargestellt. Der Einfluß der Literatur war etwas Natürliches, aber auch Unbestimmtes, und kein Richter war daran gebunden. Gajus spricht von dem ersten, ganz positiven Einfluß, ohne damit den zweyten ausschließen zu wollen. Hugo Rgesch. S. 811 ed. 11 erklärt die angeführten Stellen von dem zweyten Einfluß, und negirt (oder bezweifelt wenigstens) den ersten. Das scheint mir aber schon mit dem speciellen Ausdruck Responsa ganz unvereinbar. Doch die Ausführung dieser Streitfrage gehört nicht hierher.

scheinlich aufgehört mit dem wissenschaftlichen Leben des Rechts überhaupt. Denn als die Zahl der namhaften Rechtsgelehrten schleunig abnahm, und das Privilegium nur noch an Wenige gegeben werden konnte, hätten diese Wenige einen übermäßigen Einfluß auf die Rechtspflege erhalten, und diese Betrachtung mag es wohl veranlaßt haben, daß gar keine Privilegien dieser Art mehr ertheilt wurden.

Aber damit war nicht auch der allgemeine Einfluß der höchst bedeutenden juristischen Literatur aufgehoben. Im Gegentheil mußte dieser Einfluß der in Büchern fortlebenden Vergangenheit in demselben Maaße wachsen, als die geistige Kraft der Gegenwart sich verminderte. Bey dem großen Umfang dieser Literatur, und bey den vielen darin vorkommenden Controversen, mußte bald das Bedürfniß formeller Regeln über ihre Anwendung fühlbar werden. Einzelne Regeln scheinen auch schon von Constantin an aufgestellt worden zu seyn (c). Allein eine erschöpfende Vorschrift erließ erst Valentinian III. (d), durch welche der Begriff einer gemeinen Meynung der Juristen auf einem ganz anderen Wege praktisch geltend gemacht wurde, als es früher durch die Vorschrift über die übereinstimmenden Gutachten versucht worden war. Und dieses Gesetz bestand noch, als Justinian die Regierung antrat. Obgleich nun durch dasselbe die Schwie-

(c) *L.* 1. 2. *C. Th. de resp. prud.* (1. 4.) (neu aufgefunden).

(d) *L.* 3 (sonst un.) *C. Th. de resp. prud.* (1. 4.) vom J. 426.

rigkeiten der Anwendung des wissenschaftlichen Rechts vermindert waren, so waren sie doch nicht gehoben (e), und diese Betrachtung bewog Justinian zu einer ganz neuen und weit durchgreifenderen Maaßregel.

Er ließ aus dem ganzen Umfang der juristischen Literatur, ohne Rücksicht auf die von Valentinian III. gezogene Gränzen, dasjenige ausheben, was zu einer vollständigen Übersicht des Rechts, und namentlich für die Rechtspflege, nöthig schien. Dieses wurde in Ein Buch zusammen getragen und als Gesetz bekannt gemacht, alles Übrige aber abgeschafft. So war also jetzt ein Auszug des Jus zu einer Lex erhoben, und es war Nichts mehr vorhanden, was in seiner ursprünglichen Gestalt, als Jus, hätte gelten dürfen. Für die Zukunft aber verbot er gänzlich die Entstehung einer neuen juristischen Literatur. Nur griechische Übersetzungen des lateinischen Textes, und (als mechanisches Hülfsmittel) kurze Angaben des Inhalts der Titel sollten erlaubt seyn: würde aber ein eigentliches Buch, ein Commentar über die Gesetze, geschrieben, so sollte dieses zerstört und der Verfasser mit der Strafe der Fälschung belegt werden (f). Das einzige Mittel zur Erhaltung und Fortpflanzung der Rechtswissenschaft sollte also der mündliche Unterricht in den Rechtsschulen seyn, die deshalb von Justinian mit einem neuen Lehrplan ver-

(e) Savigny Gesch. des R. R. im Mittelalter 1 § 3.

(f) *L.* 1 § 12, *L.* 2 § 21, *L.* 3 § 21 *C. de vet. j. enucl.* (1. 17.).

sehen wurden (g). Hält man aber damit das erwähnte Verbot zusammen, so ist es unzweifelhaft, wie dieser Unterricht gemeynt war. Gewiß nicht als Verarbeitung der Rechtsbücher durch freye Geistesthätigkeit der Lehrer, wodurch eine verwandte Thätigkeit auch in den Schülern erregt, und so eine lebendige Wissenschaft erhalten worden wäre: denn ein solches Verfahren hätte mit dem Zweck jenes Verbots in offenbarem Widerspruch gestanden. Vielmehr mußte der ganze Unterricht in einem mechanischen Einlernen bestehen, und das Verdienst der Lehrer mußte sich darauf beschränken, den ungeübten Schülern die subjectiven Schwierigkeiten überwinden zu helfen, die in der Unbekanntschaft mit einem ihnen fremden Stoff von so großem Umfang liegen mußten. Allen diesen Anordnungen also lag der Eine Gedanke zum Grunde, die hier ausgewählte und geordnete geistige Production der Vorfahren sey für den Rechtszustand ausreichend: jede neue Production sey dafür nicht nöthig, und könne das jetzt gegründete Werk nur wieder verderben.

Manche mögen wohl diese Ansichten in ihrem buchstäblichen Sinn allzu seltsam finden, und daher nach einer figürlichen oder mildernden Deutung suchen: wie ich glaube, mit Unrecht. Als Justinian zur Regierung kam, hörte er wahrscheinlich eben so laute Stimmen über die heillose Verwirrung des Rechts, und über das dringende Bedürfniß einer durchgreifenden Reform, wie K. Friedrich II.

(g) Const. *Omnem.*

von Preußen im J. 1740. Ein glücklicher Zufall führte ihm einige so einsichtsvolle Juristen zu, wie sie seit mehr als einem Jahrhundert nicht mehr erschienen waren, und ihm selbst fehlte es weder an eigener Rechtskenntniß, noch an Thätigkeit und Ruhmbegierde. Man suchte also dem abzuhelfen, was zunächst als Übel fühlbar wurde, der unbezwinglichen Masse der juristischen Literatur, und den vielen in ihr vorkommenden Widersprüchen. Irgend eine Erfahrung ähnlicher Art, an welcher man das Unternehmen hätte prüfen können, lag nicht vor, und so konnte man am kaiserlichen Hof ehrlich glauben, auf diesem Wege einen ganz vortrefflichen Zustand hervorzubringen, und nur durch gesetzliche Verbote der Wiederkehr des alten Übels steuern zu müssen. Auch hatte man nicht zu fürchten, daß durch diese Verbote ein wirklich vorhandenes geistiges Leben unterdrückt würde, wie etwa, wenn Hadrian oder Marc Aurel einen ähnlichen Gedanken hätten fassen wollen: denn die Kraft und Bildung der Gegenwart war ja Jedem ohnehin klar genug, und daran war gewiß wenig zu verderben. Zwar die Drohung der Criminalstrafe und der Zerstörung der Bücher, ja selbst das Verbot Bücher zu schreiben, ist unsren Sitten völlig fremd, und neben der Buchdruckerey und dem lebhaften Verkehr so vieler Europäischen Staaten wäre es abentheuerlich, an dergleichen auch nur zu denken. Allein wenn wir von dieser gewaltsamen Ausführung, als dem Zufälligen, absehen, so ist der Grundgedanke dieselbe Selbsttäuschung,

die, als tief in der menschlichen Natur gegründet, in allen geistigen Gebieten, und besonders im religiösen, stets wiederkehrt: indem wir glauben, diejenige Verkörperung des Gedankens, die wir durch redliche Anstrengung unsrer eigenen Kraft hervorgebracht haben, Anderen als ausschließend gültig aufstellen zu dürfen, den Irrthum für immer bannend, freylich aber zugleich die Freyheit des Geistes. Eine solche juristische Concordienformel stellte Justinian auf, und Niemand sollte wagen, den Frieden zu stören, den sie zu bringen bestimmt war. Wollen wir ihn darüber hart beurtheilen? Unser Gesichtskreis ist durch die Erfahrungen von Ein bis Zwey Tausend Jahren mehr erweitert, und doch wohnt das Wesentliche jener Gedanken Justinians noch jetzt in denen, die von der Abfassung neuer Gesetzbücher so schwärmerische Hoffnungen hegen: freylich ohne die Macht, und gewiß auch ohne den Willen, ihre Gedanken durch so harten Zwang, wie es Justinian versuchte, zur Ausführung zu bringen.

Diese Betrachtungen sollen nicht etwa das Verfahren Justinians rechtfertigen, wozu ich gewiß nicht geneigt bin, sondern nur in einem milderen Lichte darstellen, vorzüglich aber insoweit begreiflich machen, daß die Thatsache, von deren Darstellung an dieser Stelle zunächst die Rede ist, als buchstäblich wahr angenommen, und gegen jede künstliche oder gewaltsame Deutung geschützt werde.

§. 27.

Praktischer Werth der Römischen Bestimmungen über die Rechtsquellen.

Nachdem die Aussprüche des Römischen Rechts über die Rechtsquellen aufgestellt worden sind (§ 22—26), ist nun die Frage zu beantworten, welcher praktische Werth denselben, von unserm Standpunkt aus, beyzulegen ist. Diese Frage bezieht sich auf jeden Staat, worin einmal die Reception Statt gefunden hat, und sie muß in folgenden zwey verschiedenen Anwendungen aufgefaßt und beantwortet werden: erstlich, ist seit dem Zeitpunkt der Reception die bisherige Fortbildung des Rechts (§ 21) nach jenen Regeln zu prüfen und zu beurtheilen? Zweytens, gelten diese Regeln für die künftige Fortbildung des Rechts in einem solchen Staate? Die erste Anwendung bezieht sich auf Dasjenige, was wir als wahren Inhalt des jetzt geltenden gemeinen Rechts anzuerkennen haben: die zweyte auf dessen mögliche Abänderungen in der Zukunft. Es ist aber für beide Anwendungen nur eine und dieselbe Frage, deren Beantwortung also auch nach beiden Seiten hin nicht verschieden ausfallen kann.

Auf den ersten Blick scheint Nichts natürlicher, als die Bejahung der Frage. Denn wo überhaupt Römisches Recht gilt, warum sollte es in diesem wichtigen Punkt, für die fortgehende Entwicklung des Rechts, nicht gelten? Die neueren Schriftsteller pflegen die Frage gar nicht auf-

zuwerfen, sondern stillschweigend zu bejahen, und in dieser Voraussetzung Stellen des Römischen Rechts zu benutzen: freylich mit dem Vorbehalt, diese Benutzung da, wo sie allzu bedenklich erscheinen würde, zu unterlassen.

Ich will zuvörderst kurz zusammen stellen, wie sich die durchgeführte Bejahung jener Frage gestalten würde.

In Ansehung der eigentlichen Gesetze (§ 23) könnten wir etwa noch auf die Mitwirkung des Senats bey ihrer Abfassung verzichten, weil ein solcher, im Sinn des Römischen Kaiserreichs, in keinem neueren Staat vorhanden ist. Aber die ausschließenden Kennzeichen eines wahren Gesetzes müßten wir doch aus der Verordnung von Theodosius II. entnehmen. — Weit wichtiger jedoch ist die Sache bey den landesherrlichen Rescripten in einzelnen Rechtssachen (§ 24), die von jedem Richter als Gesetz anerkannt werden müßten, wenigstens in der eingeschränkteren Weise, wie es nach Justinians Novellen noch anzunehmen ist. Dagegen haben sich neuere Schriftsteller ausdrücklich erklärt (a). Andere bestehen fest auf der Anwendung der Römischen Regeln, zuweilen selbst ohne Rücksicht auf die durch die Novellen gemachten Einschränkungen, aber indem sie in der Stille diesen Regeln einen ganz anderen Sinn unterlegen. Sie übergehen nämlich die Hauptsache, die Gesetzeskraft für den einzelnen Fall, mit Stillschweigen, und legen den Rescripten blos Gesetzeskraft für künftige gleiche Fälle bey (b), die doch selbst nach Römischem

(a) Mühlenbruch I § 35. (b) Glück I § 96, der auch

Recht den Rescripten niemals zukam, sondern nur den Decreten (§ 23. 24.).

Bey dem Gewohnheitsrecht (§ 25) wird im Allgemeinen die Anwendbarkeit des Römischen Rechts gar nicht bezweifelt. Nur findet es sich wohl, daß ein einzelner Schriftsteller, wenn er eine besondere Anwendung des Gewohnheitsrechts überhaupt bekämpft, die doch im Römischen Recht anerkannt ist, dieses Bedenken durch kritische Zweifel an der Anwendbarkeit jenes Rechts zu entfernen sucht (c).

Bey dem wissenschaftlichen Recht endlich (§ 26) pflegt man das nicht unwichtige Gesetz Justinians gegen die juristischen Bücher ganz mit Stillschweigen zu übergehen, und ich kenne auch nicht einen einzigen neueren Schriftsteller, der aus Gehorsam gegen jenes Gesetz behauptete, solche Bücher müßten noch jetzt zerstört werden. Eine solche Lieblosigkeit gegen das eigene Werk wäre auch in der That unverantwortlich gewesen. Und doch, warum sollte dieses Gesetz weniger Kraft haben, als die anderen über verwandte Fragen?

Faßt man dieses Alles zusammen, so ergiebt es sich, daß unsere Juristen die im Römischen Recht über die

andere Schriftsteller für und wider seine Meynung anführt.

(c) So z. B. Schweitzer de desuetudine p. 52. 53. 84. Die ganze Schrift ist gegen die Wirkung der reinen desuetudo gerichtet, und deswegen behauptet er, daß in dieser Frage das R. R. keine Anwendbarkeit habe: für das ganze übrige Gewohnheitsrecht soll es gelten, und namentlich schon für die nahe verwandte Frage von der obrogatio durch Gewohnheit.

Rechtsquellen enthaltenen Vorschriften ganz willkührlich bald annehmen, bald mit Stillschweigen übergehen. Da nun eine unbedingte Anwendung aller dieser Vorschriften ganz unmöglich seyn würde, so entsteht schon daraus ein zwiefaches Bedenken gegen jede Anwendung überhaupt. Denn erstlich ist dieses Verfahren inconsequent, und gegen diesen Vorwurf könnte man sich nur dadurch retten, daß man annähme, durch ein neueres Gewohnheitsrecht sey z. B. das Verbot der juristischen Bücher wieder abgeschafft worden. Zweytens aber ist zu erwägen, daß diejenigen Vorschriften, die man als noch jetzt gültig annimmt, abgetrennt von dem Zusammenhang mit den verworfenen, vielleicht eine ganz andere Natur annehmen, und selbst unpassend werden dürften.

Geht man aber der Sache mehr auf den Grund, und fragt man, warum einige dieser Vorschriften, besonders welche die Gesetze betreffen, entschieden für unanwendbar gehalten werden müssen, so erkennt man bald den Grund darin, daß sie dem Staatsrecht angehören, welches überhaupt nicht unter die recipirten Theile des fremden Rechts gehört (§ 1. 17.). Dieser Grund aber paßt nicht nur auf die Gesetzgebung, sondern eben so auch auf jede andere Bildungsweise des allgemeinen Rechts, so daß, wer den Grundsatz festhalten will, auch anerkennen muß, daß das Römische Recht auf die Rechtsquellen überhaupt nicht anzuwenden ist. Dadurch wird denn unter andern die Streitfrage über den Sinn der L. 2 C. quae si

longa consuet. für das praktische Recht ganz unbedeutend.

Alles was hier über die Unanwendbarkeit des Römischen Rechts auf die Lehre von den Rechtsquellen gesagt worden ist, gilt ganz eben so auch von dem canonischen Recht.

Anders würde es sich in den Deutschen Staaten mit den Reichsgesetzen verhalten, da diese unstreitig für das öffentliche Recht eben so wohl als für das Privatrecht Gesetzeskraft hatten. Aber auch von ihnen kann hier nicht die Rede seyn, da sie überhaupt Nichts über die Rechtsquellen enthalten, als die allgemeine und unbestimmte Anerkennung des Daseyns eines Gewohnheitsrechts (§ 25), welches aber dieser Anerkennung in der That nicht bedurfte.

§. 28.

Ansichten der Neueren von den Rechtsquellen.

Es sollen nun noch die Hauptpunkte angegeben werden, worin die bey den Neueren als vorherrschend erscheinenden Ansichten der Rechtsquellen von den hier aufgestellten abweichen. Dabey wird großentheils schon die bloße Aufstellung des Gegensatzes, ohne Angabe einzelner Schriftsteller, und ohne Ausführung eines Streites, an dieser Stelle hinreichen.

Die Gesetzgebung wird sehr gewöhnlich in ein ganz anderes Verhältniß zu den Rechtsquellen überhaupt gestellt. Man hält sie häufig für den einzig wahren und guten

Entstehungsgrund des Rechts, neben welchem alles Übrige nur als Nothhülfe vorkommen soll, und besser gar nicht vorhanden wäre. Dadurch erhält zugleich die Rechtswissenschaft einen sehr zufälligen und veränderlichen Stoff, und ein so abhängiges Daseyn, daß sie bey fortschreitender Vollkommenheit der Gesetzgebung immer unbedeutender werden, und bey einem idealen Zustand derselben endlich verschwinden müßte. — In der ferneren Entwicklung dieser Grundansicht liegt der unbedingte Werth, den man in neueren Zeiten auf neue umfassende Gesetzbücher setzt, und die glänzende Erwartung, die man an die Abfassung derselben knüpft. Doch kommt es wohl auch vor, daß jene Grundansicht von Solchen angenommen wird, die diese letzte Meynung nicht theilen, oder wenigstens nicht mit solcher Wichtigkeit behandeln, und dieses dürfte leicht als die Stimmung des größten Theils der ehrenwerthen Praktiker befunden werden.

An die Gesetzgebung soll sogleich das wissenschaftliche Recht angeknüpft werden. Die Behandlung der früheren Schriftsteller ist bey den Neueren oft sehr willkührlich und ungleich, so daß derselben nach Gutfinden in einzelnen Fällen ein Gewicht eingeräumt oder versagt wird, ohne daß ein leitender Grundsatz für dieses abwechselnde Verfahren auch nur gesucht würde. Insbesondere wird nicht selten die Meynung der älteren Praktiker so aufgefaßt, als ob durch sie für alle Zeiten ein unabänderlicher Abschluß gemacht wäre, und als ob nicht jedes

Zeitalter seinen Anspruch auf Fortbildung des Rechts durch innere Kraft eben so geltend machen könnte, wie es in jener früheren Zeit geschehen war. Man pflegt sich dann unwillführlich unser Verhältniß zu jener früheren Zeit in ähnlicher Weise zu denken, wie es durch Valentinian III. zu seiner Vorzeit wirklich festgestellt war. Allein diese Feststellung war eine völlig positive, die sich in keiner Zeit von selbst verstehen kann: ganz besonders aber hatte sie einen inneren Grund in dem wirklichen Absterben der Rechtswissenschaft, wie des geistigen Lebens überhaupt, anstatt daß unserer Zeit, wie man auch sonst von ihr denken mag, eine große Regsamkeit gewiß nicht abzusprechen ist.

Bey dem Gewohnheitsrecht würde eine so summarische Übersicht der herrschenden neueren Meynungen nicht genügen. Ich habe vielmehr die genauere Darstellung meiner eigenen Meynung über unser praktisches Gewohnheitsrecht (§ 18) bis an diesen Ort aufgeschoben, weil sie nur in Verbindung mit den anderwärts herrschenden Meynungen verständlich werden kann.

Nach der herrschenden Ansicht ist das Gewohnheitsrecht eine nicht natürliche Art der Rechtserzeugung, die also, um anerkannt zu werden, einer ganz besonderen Rechtfertigung bedarf. Diese soll in Republiken in dem Umstand liegen, daß derselbe populus (§ 10), der in einer bestimmten Weise gleichförmig handelt, zugleich auch der Träger der gesetzgebenden Gewalt ist. Darum führt also

jede Gewohnheit immer und nothwendig mit sich die stillschweigende Einwilligung des Gesetzgebers in die geübte einzelne Regel (consensus tacitus specialis), und jede Gewohnheit erscheint daher in einer Republik als stillschweigendes Gesetz. Anders in unseren Monarchien, wo das Volk, das die Gewohnheit äußert, ohne gesetzgebende Gewalt ist, und der Fürst, der die gesetzgebende Gewalt hat, an der Gewohnheit keinen Theil nimmt. Auch die constitutionelle Monarchie macht hierin keinen wesentlichen Unterschied, da vielleicht kein einziges Mitglied der Kammern je an der Gewohnheit Theil genommen hat, auch die Kammern allein, ohne den Fürsten, niemals das Gesetz machen. Hier erscheint also das Gewohnheitsrecht als eine Art von Opposition der Unterthanen gegen die Regierung, als Anmaßung eines Zweigs der höchsten Gewalt, und ein so gefährliches Unternehmen bedarf einer besonders vorsichtigen Rechtfertigung. Diese konnte nur gesucht werden in der Einwilligung des Gesetzgebers, die aber nicht, wie in der Republik, in der Gewohnheit selbst schon enthalten war, sondern von außen hinzugethan werden mußte. In den Ländern, worin Römisches Recht gilt, macht das keine Schwierigkeit, denn das Römische Recht sagt ja ganz deutlich, das Gewohnheitsrecht solle befolgt werden. Darin liegt also der consensus generalis expressus des Gesetzgebers in alle künftige Gewohnheiten. Nur wenn die Gewohnheit ein Gesetz abschaffen sollte, schien die L. 2 C. quae sit longa consuetudo noch eine andere

Begründung nöthig zu machen. Und diese fand man in des Fürsten consensus specialis tacitus für den einzelnen Fall. Dabey kommen jedoch noch zwey verschiedene Wendungen vor, indem bald gesagt wird, der Consens sey schon aus der bloßen Duldung der Gewohnheit zu vermuthen, bald aber es müsse speciell bewiesen werden, daß der Gesetzgeber von dieser Gewohnheit Kenntniß gehabt habe (a). — Dieses betraf die Gültigkeit des Gewohnheitsrechts überhaupt. In jedem einzelnen Fall aber wird die bloße Gewohnheit, d. h. das gleichförmige Handeln, als eigentlicher Entstehungsgrund der Rechtsregel angesehen, so daß man annimmt, es müßte sich dieser Entstehungsgrund stets in bestimmte, einzeln erweisliche Handlungen auflösen lassen. Dieser beschränkte Gesichtspunkt konnte höchstens auf partikuläre Gewohnheiten angewendet werden, an welche allein man auch meistens zu denken pflegt. Auf die großen und schwierigen Fälle des modernen Gewohnheitsrechts dagegen, worin dasselbe mit dem wissenschaftlichen Recht zusammenfällt (§ 18. 20.), leidet derselbe gar keine Anwendung.

Diese Grundansichten haben nun auch den größten Einfluß auf die praktische Behandlung der einzelnen, das Gewohnheitsrecht betreffenden Fragen gehabt. Dieselben betreffen theils die Bedingungen — theils den Beweis — theils die Wirkungen des Gewohnheitsrechts.

(a) Glück I § 85. Guilleaume Rechtslehre von der Gewohnheit, Osnabrück 1801 § 24—27.

§. 29.

Ansichten der Neueren von den Rechtsquellen. Fortsetzung.

Die Bedingungen, die man für die Entstehung des Gewohnheitsrechts anzunehmen pflegt, beziehen sich durchaus auf die Natur derjenigen einzelnen Handlungen, aus welchen man dasselbe stets hervorgehen läßt (§ 28). Sie haben daher auch nur eine einseitige Anwendbarkeit auf das partikuläre Gewohnheitsrecht, und selbst bey diesem dürfen die einzelnen Handlungen nicht eigentlich als Entstehungsgründe, sondern vielmehr als Erscheinungen oder Kennzeichen einer vorhandenen gemeinsamen Rechtsüberzeugung angesehen werden. Mit diesen Modificationen aber kann jenen Bedingungen allerdings Wahrheit zugeschrieben werden, so daß sie einzeln geprüft und festgestellt werden müssen. Es sollen nämlich, wie man behauptet, jene Handlungen, um zur Begründung eines Gewohnheitsrechts tauglich zu seyn, folgende Eigenschaften an sich tragen.

1) Es sollen mehrere Handlungen seyn. Wie viele, war lange bestritten. Eine sollte gewiß nicht hinreichen, Zwey in der Regel auch nicht, doch ausnahmsweise möchten sie gelten. Endlich neigten die Meisten dahin, Alles dem richterlichen Ermessen zu überlassen, wobey man es denn auch bewenden lassen kann. Der Richter wird, nach der verschiedenen Beschaffenheit der Handlungen, bald mehr, bald weniger fordern, und dabey stets den Gesichts-

punkt fest halten, daß durch die Mehrheit der Handlungen der Einfluß des Individuellen und Zufälligen abgewehrt werden soll, welches den täuschenden Schein einer aus gemeinsamer Rechtsüberzeugung hervorgehenden Handlung annehmen kann (a).

2) Gleichförmige, ununterbrochene Handlungen; das heißt, die Gewohnheit wird gestört, wenn zwischen jenen Handlungen andere, auf entgegengesetzter Regel beruhende, vorgekommen sind. Diese Bestimmung ist unbedenklich (b).

3) Die Handlungen sollen sich lange Zeit hindurch wiederholen. Die Länge der Zeit war ganz besonders bestritten. Einige forderten 100 Jahre, weil irgendwo einmal der Ausdruck longaevum diese Bedeutung hat. Weit mehrere aber dachten, nach dem Ausdruck des canonischen Rechts, an die gewöhnliche Verjährungszeit, und zwar longum tempus, also 10 Jahre, denn von 20 Jahren sollte nicht die Rede seyn, weil der Fürst oder das Volk, gegen welche gleichsam das neue Recht erworben werde, stets gegenwärtig seyen. Nur gegen das canonische Recht, also gegen die Kirche, wurden 40 Jahre verlangt, gegen den Landesherrn eine unvordenkliche Zeit. Späterhin haben sich die Meisten dahin geeinigt, gar keine bestimmte Zeit anzunehmen, sondern Alles dem richterlichen Ermessen zu überlassen, wobey man sich denn beruhigen kann. Auch

(a) Lauterbach I. 3, § 36, Müller ad Struv. I 3. § 20, Glück I § 86 N. I. Besonders aber Puchta Gewohnheitsrecht II. S. 79 fg. S. 85.

(b) Puchta II. S. 89 fg.

hier, wie bey der Mehrheit der Handlungen, kommt Alles darauf an, zu verhüten, daß das Individuelle, Zufällige, Vorübergehende durch den täuschenden Schein, den es annehmen kann, fälschlich als Kennzeichen einer zum Grund liegenden gemeinsamen Rechtsüberzeugung angesehen werde (c).

4) Daß zu solchen Handlungen besonders auch richterliche Urtheile tauglich seyen, war allgemein anerkannt. Dagegen behaupteten Manche, solche Urtheile seyen zu einem Gewohnheitsrecht ganz unentbehrlich, was jedoch von den Meisten mit Recht verworfen wurde (d). Allein ganz unbedingt kann ich selbst die Zulässigkeit der Urtheile zu diesem Zweck nicht einräumen. Es gilt vielmehr von denselben das, was oben (§ 20) von den praktischen Arbeiten der Juristen überhaupt, mit Unterscheidung der Fälle, gesagt worden ist. Sind also die Urtheile namentlich auf ein Gewohnheitsrecht gegründet, so gelten sie als wichtige Zeugnisse für dessen Daseyn. Eben so, wenn sie auch nur eine Rechtsregel überhaupt als wahr und gewiß anerkennen, ohne sich über deren Herkunft bestimmter auszusprechen. Anders wenn sie eine Rechtsregel aus theoretischen Gründen, und zwar aus einer falschen Theorie, herleiten: denn nun haben sie selbst nur den Character der Theorie, und es läßt sich aus ihnen

(c) Puchta II. S. 93 fg. Glück I § 86 N. V. Guilleaume a. a. O. § 31. Besonders Puchta II. S. 31 fg.

(d) LAUTERBACH I 3. § 35, MÜLLER ad Struv. I 3. § 20,

das Daseyn jener Regel in dem gemeinsamen Rechtsbewußtseyn nicht erkennen.

5) Vornahme der Handlung in dem Gefühl rechtlicher Nothwendigkeit (necessitatis opinio). Wenn also Viele, auf dieselbe Weise, und längere Zeit hindurch, bloße Freygebigkeit geübt haben, so kann daraus nie ein Gewohnheitsrecht entstehen, weil die Geber wie die Empfänger stets einsahen, daß die Handlung willkührlich sey, und eben so auch unterbleiben oder anders eingerichtet werden könnte. — Diese Bedingung ist unter allen die wichtigste, und ihre Bedeutung wird in Verbindung mit den gleich folgenden noch bestimmter hervortreten. Die Stellen des Römischen Rechts, worin sie ausdrücklich anerkannt wird, sind schon oben (§ 25 Note d.) angegeben worden. Aus diesem Grund eignen sich vorzugsweise richterliche Urtheile zur Erkenntniß eines Gewohnheitsrechts, indem sie nur aus der Rechtsüberzeugung des Richters, nicht aus Willkühr, hervorgehen können. Weniger die Verträge, welchen stets ein willkührliches Element inwohnt. Dennoch können auch sie als Erkenntnißmittel eines Gewohnheitsrechts dienen, insofern sie eine Rechtsregel entweder als wahr voraussetzen, oder blos bestätigend in sich aufnehmen (e).

6) Die Handlungen sollen nicht auf Irrthum beruhen. Diese Bedingung hatte eine ausdrückliche Anerkennung des Römischen Rechts für sich (f), aber man verwickelte sich

(e) Puchta II. S. 33 fg.

(f) S. u. Note l.

damit in einen unauflöslichen Widerspruch. Denn die Rechtsregel sollte ja erst durch die Gewohnheit entstanden seyn, war also zur Zeit der ersten Handlung gewiß noch nicht vorhanden. Dennoch sollte, nach der vorigen Regel, schon die erste Handlung von der necessitatis opinio begleitet seyn. Folglich beruhte dieselbe auf einem Irrthum, und durfte bey der Entstehung des Gewohnheitsrechts gar nicht mitgezählt werden. Dasselbe aber gilt auch von der zweyten Handlung, die nun erste wird, und von der dritten und allen folgenden. Die Bildung eines Gewohnheitsrechts ist daher, wenn man nicht eine jener Bedingungen aufgiebt, ganz unmöglich. Der Widerspruch ist hier so augenscheinlich, daß auch in der That Einige den Irrthum nicht nur zugelassen, sondern ganz consequent als nothwendig mit jedem Gewohnheitsrecht verbunden angesehen haben, ohne zu bedenken, daß diese Ansicht mit dem Ausspruch des Celsus nicht vereinbar ist (g). — Von unserm Standpunkt aus entsteht gar kein Widerspruch, da die Rechtsregel durch die Gewohnheit nur offenbart, nicht erzeugt wurde, folglich schon bey der ersten erweislichen einzelnen Handlung die necessitatis opinio ohne allen Irr-

(g) Schweitzer de desuetudine p. 78. (Hübner) Berichtigungen und Zusätze zu Höpfner S. 164. Dieser sucht sich mit L. 39 de leg. dadurch abzufinden, daß er sie auf irrige Gesetzauslegung beschränkt, und dieser die Kraft eines Gewohnheitsrechts abspricht. Allein erstens muß diese Einschränkung willkührlich in die Stelle hineingetragen werden; und zweytens, wenn jeder andere Irrthum die Entstehung eines wahren Gewohnheitsrechts nicht hindert, warum denn dieser?

thum vorhanden seyn konnte und mußte. Indessen ist diese Bedingung nicht ohne alle Einschränkung als wahr anzunehmen. Wenn z. B. neben der wirklich vorhandenen Volksüberzeugung der theoretische Irrthum nur als eine äußere Bestärkung gedient hat (§ 20), so steht der Irrthum nicht im Wege. Eben so ist es auch, wenn die Handlung eine so äußerliche und an sich gleichgültige Natur hat, daß dabey von einer inneren Überzeugung eigentlich nicht die Rede seyn kann. So z. B. kann es jetzt als ausgemacht angesehen werden, daß sich seit dem Mittelalter eine, dem Römischen Recht fremde Form in die Unterschriften und Siegel der Zeugen irrigerweise eingeschlichen hat. Diese ursprünglich irrige Form ist durch den langen, völlig gleichförmigen Gebrauch in der That zu einer Rechtsform geworden (h).

7) Die Handlungen sollen vernunftgemäß (rationabiles) seyn. Die Stellen des canonischen Rechts, woraus diese Bedingung abgeleitet wird, sind schon oben angeführt worden (§ 25 Note z.). Nimmt man diese Bedingung in einem positiven Sinn, als Zweckmäßigkeit und Heilsamkeit der in der Gewohnheit ausgedrückten Regel, so ist es sehr bedenklich für die Rechtsgewißheit, dem Richter das Urtheil über eine so wenig bestimmbare Eigenschaft zu überlassen. Daher wird sie denn auch häufiger in einem blos negativen Sinn aufgefaßt, so daß dadurch nur die ganz widersinnigen, dem sittlichen Gefühl widerstre-

(h) Über den Irrthum bey Gewohnheiten vgl. Puchta II. S. 62 fg.

benden Gewohnheiten abgewehrt werden sollen (i). Für diese, praktisch wenig bedenkliche Deutung scheint eine Stelle der peinlichen Gerichtsordnung zu sprechen, worin eine Anzahl von „bösen unvernünftigen" Gewohnheiten angegeben und misbilligt wird (k). Allein in dieser Stelle wird nicht etwa das Princip aufgestellt, worauf es hier ankommt, daß die unvernünftigen Gewohnheiten an sich ungültig, und zur Bildung eines Rechtssatzes untauglich seyen: vielmehr findet es der Kaiser nöthig, sie aus seiner Macht aufzuheben, was also ihre Rechtsgültigkeit bis zu dieser Aufhebung voraussetzt, wenn man nicht in dem Gesetz einen höchst ungenauen Ausdruck annehmen will.

Faßt man diese drey letzten Bedingungen als ein Ganzes auf, so ergiebt sich daraus folgender, aus dem Wesen des Gewohnheitsrechts hervorgehender Sinn. Die Rechtsregel entsteht durch das gemeinsame Rechtsbewußtseyn, oder durch die unmittelbare Überzeugung von der Wahrheit und an sich selbst (ohne äußere Sanction) bindenden

(i) Glück 1 § 86 N. III. Vgl. besonders Puchta II. S. 49 fg.

(k) C. C. C. art. 218: „.... als wir dann auß Kayserlicher macht die selben hiemit auffheben, vernichten und abthun, und hinfürter nit eingefürt werden sollen." — Diese Stelle kann um so weniger für eine allgemeine Bestimmung über die bleibende Natur des Gewohnheitsrechts gelten, als in ihr die Erwähnung der Gewohnheiten zum Theil nur zufällig ist. Denn einige der von ihr aufgehobenen Rechtssätze gründeten sich gar nicht auf Gewohnheiten, sondern auf Landesgesetze. Jene Stelle also ging darauf aus, im Strafrecht das Verhältniß des allgemeinen zum partikulären Rechte festzustellen, nicht das davon wesentlich verschiedene Verhältniß des geschriebenen zum ungeschriebenen Recht.

Kraft der Regel. Diese Überzeugung kann sich offenbaren durch gleichförmige einzelne Handlungen, das heißt durch Gewohnheit. Dann müssen aber diese Handlungen nicht von dem Bewußtseyn der Willkührlichkeit begleitet seyn, wie z. B. Freygebigkeit, oder auch ein häufig vorkommendes Verbrechen, bey welchem ja kein Handelnder an seinem Unrecht, also an der individuellen Willkühr seines Thuns zweifelt. Sie dürfen aber eben so wenig aus einem erweislichen Irrthum hervorgehen, denn auch in diesem Fall liegt in ihnen nicht der Ausdruck jener unmittelbaren Überzeugung, worauf allein Alles ankommt (l). Ein sehr erläuterndes Beyspiel ist es, wenn etwa der Richter aus Versehen eine unglossirte Stelle des Justinianischen Rechts zur Anwendung bringt, blos weil in seiner Ausgabe solche Stellen nicht augenscheinlich von den anderen unterschieden sind (§ 17); thun ihm das auch Mehrere nach, so entsteht daraus dennoch kein Gewohnheitsrecht. — Betrachten wir also den Irrthum und die Unvernünftigkeit blos als solche Eigenschaften des Handelns, wodurch es unfähig wird, zur Anerkennung eines Gewohnheitsrechts mitzuwirken, so erscheint die Bedingung ihrer Abwesenheit nicht als

(l) *L.* 39 *de leg.* (1.3.) „Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est: in aliis similibus non obtinet." Das heißt: wenn die Gewohnheit ausging nicht von einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung, sondern sogar erweislich von einem Irrthume (der jene Überzeugung nothwendig ausschließt), so ist deshalb kein Gewohnheitsrecht anzunehmen, und wir finden also darin keinen Grund, die künftigen Fälle gleicher Art nach dieser Regel zu beurtheilen.

verschieden von der allgemeinen Bedingung der necessitatis opinio, sondern als eine bloße Folge oder Entwicklung derselben. Da auf diesem Punkt die richtige Einsicht in die Natur des Gewohnheitsrechts hauptsächlich beruht, so wird es nicht überflüssig seyn, das hier Gesagte durch einige Beyspiele zu erläutern. Das Römische Recht verbietet, Zinsen von Zinsen zu nehmen. Wenn nun an einem Ort diese Art des Wuchers sehr gewöhnlich wäre, aber stets künstlich versteckt würde, so könnte schon deswegen kein Gewohnheitsrecht angenommen werden, weil aus der Verheimlichung die Abwesenheit der rechtlichen Überzeugung klar wäre. Dagegen ist es in dem Handelsstand allgemein üblich, am Ende eines Jahres, zuweilen selbst eines kürzeren Zeitraums, Abschlüsse zu machen, und den Saldo auf neue Rechnung zu übertragen, da er dann sogleich wieder Zinsen trägt, obgleich er selbst zum Theil aus Zinsen des abgeschlossenen Zeitraums besteht. Das ist der Regel des Römischen Rechts allerdings entgegen, aber es geschieht offen und allgemein, und kann gar nicht anders seyn, ohne die Einfachheit der Rechnungsführung zu stören: auch paßt der Zweck des Römischen Verbots auf diesen Fall gar nicht. Hier ist also das Verbot durch eine allgemeine Gewohnheit des Handelsstandes abgeschafft, wobey es gar nicht darauf ankommt, wie viele Einzelne sich von diesem Zusammenhang der Sache Rechenschaft geben mögen: denn Alle handeln so im Gefühl der Nothwendigkeit und Rechtmäßigkeit ihres Verfahrens. — Fas-

sen wir nun aber diese Bedingungen des Gewohnheitsrechts so auf, wie es hier dargestellt worden ist, so erscheinen dieselben nicht blos auf einzelne Handlungen und partikuläre Gewohnheiten anwendbar, sondern auch auf das noch wichtigere allgemeine Gewohnheitsrecht der neueren Zeiten. Denn der Unterschied, welcher oben in dem praktischen Recht gemacht worden ist, je nachdem es aus einer falschen Theorie hervorgieng, oder aber aus der Beachtung der veränderten Zustände und Bedürfnisse (§ 20) — dieser Unterschied ist in der That nichts Anderes, als die Anwendung des hier entwickelten Grundsatzes. Die falsche Theorie ist ein errore, non ratione obtentum, und daher unfähig, als Gewohnheitsrecht zu gelten und zu wirken: die aus dem Bedürfniß unserer Verhältnisse hervorgegangene Praxis dagegen hat die ratio, die nesessitatis opinio, zur Grundlage, und muß daher als wahres Gewohnheitsrecht gelten, selbst wenn in die Versuche einer theoretischen Rechtfertigung derselben auch mancher historische Irrthum eingemischt seyn sollte.

8) Endlich stellen Manche noch als eine besondere, selbstständige Bedingung, die Publicität der einzelnen Handlungen auf. Allerdings kann manche einzelne Handlung durch ihre Öffentlichkeit zur Darlegung eines Gewohnheitsrechts besonders tauglich, manche andere durch ihre Verstecktheit dazu ungeschickt werden, wie es eben an einigen Beyspielen nachgewiesen worden ist. Das liegt darin, daß die Handlung durch diese Umstände mehr oder weniger

fähig wird, Kennzeichen einer zum Grund liegenden Rechtsüberzeugung zu seyn. Diejenigen aber, welche der Publicität eine eigenthümliche Wichtigkeit beylegen, gehen dabey entweder von dem consensus populi oder dem consensus principis aus, also von einem Grundirrthum über das Wesen des Gewohnheitsrechts (§ 28). Nach dieser Auffassung kann daher die allgemeine Forderung der Publicität der Handlungen gar nicht eingeräumt werden (m).

§. 30.

Ansichten der Neueren von den Rechtsquellen. Fortsetzung.

Wenn wir von dem Beweise eines Gewohnheitsrechts in praktischer Beziehung reden, so denken wir dabey an einen Rechtsstreit, worin eine Partey jenes Recht für sich geltend macht; wir fragen, wie der Richter zur Überzeugung von demselben gelange. Eine befriedigende Antwort auf diese Frage ist aber nur möglich, wenn wir zuvor die allgemeinere Frage untersuchen, wie überhaupt (ohne Rücksicht auf einen Richter) die Erkenntniß von dem Daseyn und Inhalt eines Gewohnheitsrechts entstehe (a).

Denken wir zunächst an die Mitglieder derjenigen Genossenschaft, in welcher das Gewohnheitsrecht entstanden ist, und fortdauernd lebt und wirkt (§ 7. 8.), so beantwortet sich die Frage von selbst; ihre Erkenntniß ist eine

(m) Puchta II. S. 40 fg.

(a) Vgl. überhaupt Puchta Gewohnheitsrecht II. Buch 3 Kap. 3. 4.

unmittelbare, da das Wesen jenes Rechts eben auf dem gemeinsamen Rechtsbewußtseyn dieser Mitglieder beruht. Insofern kann man sagen, daß jedes Gewohnheitsrecht auf Notorietät beruht (b). Man wende nicht ein, daß dieses zu viel beweise, indem nun niemals über ein Gewohnheitsrecht gestritten und Beweis verlangt werden könne. Alles kommt darauf an, für wen und in welchem Kreise Etwas notorisch ist. Nichts ist notorischer in jedem Volk, als seine gesammte Sprache; und doch wird der Fremde, der ein Land betritt, von dieser Sprache vielleicht kein Wort verstehen. Eben so ist es mit dem Gewohnheitsrecht für Diejenigen, die außer dem Kreise jenes gemeinsamen Rechtsbewußtseyns stehen, und deren Erkenntniß des Gewohnheitsrechts daher nur eine mittelbare oder künstliche seyn kann. Nur dürfen wir dabey nicht blos an Fremdlinge denken, denn es gehören dahin gewiß auch alle Unmündige, und für viele Rechtssätze auch die Frauen. Also auch innerhalb des Volks, in welchem das Gewohnheitsrecht besteht, müssen wir die Wissenden oder Kundigen von denjenigen unterscheiden, die an dem gemeinsamen Rechtsbewußtseyn nicht wirklichen Antheil nehmen, deren Rechtsverhältnisse aber nicht minder unter dem Gewohnheitsrecht stehen. Ja die Anzahl dieser Kundigen wird sehr verschieden seyn können je nach dem Inhalt

(b) *L.* 36 *de leg.* (1. 3.) „Immo magnae auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere."

der einzelnen Rechtsregeln, und je nach der Sinnesart und Bildungsstufe des Volks; für eigentliche Juristen sind solche des Gewohnheitsrechts Kundige in keinem Fall zu halten. Auf einem solchen Zustand unmittelbarer Erkenntniß des Gewohnheitsrechts beruhte das altgermanische Institut der Schöffengerichte, die aus Kundigen zusammengesetzt waren.

Es ist nun ferner anzugeben, wie für Diejenigen, die außer dem Kreise der Kundigen stehen, die ihnen allein zugängliche mittelbare Erkenntniß des Gewohnheitsrechts entstehen könne, zu deren Erwerb sie bald durch das eigene Interesse an ihren Rechtsverhältnissen, bald durch das uneigennützige Bedürfniß der Belehrung, angetrieben werden können. Sie können diese Erkenntniß erlangen erstlich durch einzelne Fälle der Übung, und wie diese beschaffen seyn müssen, um zu einem solchen Zweck tauglich zu seyn, ist bereits bestimmt worden (§ 29). Zweytens durch das Zeugniß Derjenigen, die als Kundige eine unmittelbare Erkenntniß haben. Ein solches Zeugniß kann gesucht und gegeben werden für das vorübergehende Bedürfniß einer einzelnen, in der Gegenwart wichtigen Rechtsfrage; es kann aber auch in Aufzeichnungen niedergelegt seyn, deren Wirksamkeit eine größere Ausdehnung und Dauer hat.

Solche Zeugnisse für ein einzelnes Bedürfniß der Gegenwart waren die von den alten Schöffen ausgestellten Weisthümer (c). Auch den Römern war ein solches Ver-

(c) Eichhorn deutsches Privatrecht §. 5. 14. 26. — Manche

fahren nicht fremd, welches sich aus folgendem merkwürdigen Fall ergiebt. Justinian war gebeten worden, über das foenus nauticum (bey uns Bodmerey genannt), ein neues Gesetz zu geben. Er befahl einem Beamten, solche Personen, die dieses Gewerbe betrieben, über die darin beobachteten Rechtsregeln eidlich als Zeugen zu vernehmen, und in Gemäßheit dieser Aussagen erließ er ein Gesetz, wodurch der Inhalt der erkundeten Gewohnheiten bestätigt wurde (d). Wie selbst in unsrer Zeit eine solche Erforschung des Gewohnheitsrechts durch das Bedürfniß einzelner Fälle veranlaßt werden könne, wird sogleich bemerkt werden, da wo von dem Verhalten des Richters in Beziehung auf ein zweifelhaftes Gewohnheitsrecht die Rede seyn wird.

Unter die Aufzeichnungen, die ein Gewohnheitsrecht auch für weitere Kreise und für künftige Zeiten bezeugen, gehören zuerst auch viele Weisthümer, die nicht durch das Bedürfniß eines einzelnen Falles veranlaßt waren. Ferner gehören dahin größtentheils die alten Völkergesetze, die späteren Rechtsbücher, die Deutschen Stadt- und Landrechte, die Statuten Italienischer Städte, und die Franzö-

möchten glauben, ein solches Verfahren sey nur in so einfachen Zeiten, wie die der alten Schöffen waren, möglich, nicht in unsrer Zeit. Zur Widerlegung dient England, wo man noch in unsren Tagen sehr geübt ist in der Erforschung von Volkszuständen aller Art, durch Vernehmung von Sachkundigen der verschiedensten Stände. Die dort üblichen Formen könnten theilweise auch bey uns angewendet werden, da wo es auf die Feststellung eines Gewohnheitsrechts ankommt.

(d) Nov. 106. Vgl. Puchta I. S. 116. II. S. 133.

sischen Coutumes. Allerdings findet sich in diesen verschiedenartigen Sammlungen nicht selten gesetzliches Recht zur Ergänzung eingemischt; ganz besonders aber haben sie später in ähnlicher Art wie eigentliche Gesetze gewirkt, so daß darüber ihre ursprüngliche Bestimmung, als aufgezeichnetes Gewohnheitsrecht zu gelten, großentheils in Vergessenheit gerathen ist.

Es wäre zu wünschen, daß in dem Geist dieser Sammlungen früherer Zeit auch noch jetzt für die Verbreitung und Erhaltung des bestehenden Gewohnheitsrechts gesorgt würde. Dieses ist die wahre Aufgabe der sogenannten Provinzialgesetzbücher, die sich von allgemeinen Gesetzbüchern besonders dadurch unterscheiden, daß sie nicht, wie diese, über das ganze Rechtssystem Rede zu stehen haben, sondern nur über solche Gegenstände, worüber die Verfasser gerade jetzt Etwas wissen, so daß sie den Stoff mit ihrem Denken völlig beherrschen. Bedenklich aber ist es, eine solche Arbeit als etwas Augenblickliches, Abgeschlossenes zu behandeln, so wie ein gewöhnliches Geschäft, das jetzt fertig werden muß; besser, wenn sie als etwas allmälig Fortschreitendes, in sich Wachsendes, mit höheren Gerichten in Verbindung gebracht wird. Aller Erfolg beruht dabey auf der rechten Auswahl der Arbeiter, in welchen zwey mögliche Einseitigkeiten verderblich werden können: die Vorliebe für die Centralisation und Uniformität des Rechts, wodurch allerdings die Bequemlichkeit der Richter, und die Aufsicht auf die Geschäftsmaschine

sehr befördert wird; auf der andern Seite aber die Liebhaberey an dem Eigenthümlichen und Alterthümlichen als solchem. Diese Liebhaberey ist schön und gut, aber die eigentliche Wahrheit ist doch schöner, und die Sorge für das Bedürfniß der lebendigen Gegenwart ist doch besser. — Soll nun eine solche Arbeit wahrhaft gelingen, so muß sie in derselben Weise unternommen werden, wie vormals die Weisthümer abgefaßt wurden; insbesondere ist dabey die sorgfältige Erkundigung auch bey Nichtjuristen nicht zu verschmähen, bey welchen oft, neben dem Mangel an wissenschaftlicher Bildung, die anschaulichste Kenntniß von dem Wesen der Rechtsverhältnisse selbst anzutreffen seyn wird (Note c).

Von dieser allgemeinen Betrachtung über die verschiedenen Arten, zur Erkenntniß eines Gewohnheitsrechts zu gelangen, gehen wir jetzt über zu der besondern Lage eines Richters, der nach einem solchen Recht zu urtheilen hat. Hierüber ist folgende Ansicht sehr verbreitet. Das Gewohnheitsrecht sey eine Thatsache, wie jede andere, die zur Begründung eines Rechts gehöre, z. B. das Daseyn eines Vertrags oder Testaments. Der Richter nehme keine Thatsache an, die ihm nicht von einer Partey angeführt und bewiesen werde; daher gelte über die Beweislast, und über die Führung des Beweises, in Beziehung auf das Daseyn eines Gewohnheitsrechts, alles Dasjenige, was in Beziehung auf andere Thatsachen, wie Verträge und Testamente, von Keinem bezweifelt werden

könne. — Allerdings haben Manche diese Ansicht in der Anwendung gemildert, und dadurch das Bedenkliche derselben vermindert; sie muß aber vielmehr von Grund aus verworfen werden (e).

Jedes Rechtsverhältniß hat eine zwiefache Grundlage, eine allgemeine und eine besondere: jene ist die Rechtsregel, diese besteht in den Thatsachen, wodurch die Anwendung der Regel auf den einzelnen Fall vermittelt wird (§ 5). Die Rechtsregel kann und soll der Richter kennen (jus novit curia), von den Thatsachen kann und darf er Nichts wissen, so lange nicht eine Partey sie ihm angeführt und zur Überzeugung gebracht hat. Dieser Gegensatz bleibt derselbe, die Rechtsregel mag nun aus Gesetzen, aus dem Gewohnheitsrecht, oder der Wissenschaft hervorgegangen seyn. Jene Lehre also beruht auf einer Verwechslung beider Grundlagen des Rechtsverhältnisses, indem sie auf die Erkenntniß der Rechtsregel Dasjenige überträgt, was nur von der Erkenntniß der besonderen Thatsachen des einzelnen Falles wahr ist; denn von diesen allein gilt die bemerkte Nothwendigkeit des Beweises nach bestimmten Prozeßregeln, und eben um diese wichtige Eigenthümlichkeit derselben zu bezeichnen, nennen wir sie allein Thatsachen, wenn wir diesen Ausdruck im technischen Sinn gebrauchen. Dadurch erhält dieser Ausdruck, wie es bey jeder technischen Beschränkung geschieht,

(e) Puchta I. S. 105. II. S. 151 fg. Vgl. auch Lange Begründungslehre des Rechts, Erlangen 1821. § 16.

eine zweydeutige Natur, und diese Zweydeutigkeit hat die erwähnte Verwechslung erzeugt oder doch befestigt. Denn in einem allgemeineren Sinn kann man allerdings auch die Entstehung des Gewohnheitsrechts eine Thatsache nennen, und das geschieht eben von den Vertheidigern jener Lehre. Wollten sie aber hierin consequent bleiben, so müßten sie dasselbe Verfahren auch auf die Gesetze anwenden; denn auch das Gesetz beruht auf der Thatsache der Promulgation, und der Richter dürfte also kein Gesetz zur Anwendung bringen, dessen Daseyn und Inhalt ihm nicht von einer Partey angegeben und bewiesen wäre. Dieses aber ist wohl noch von Keinem behauptet worden, obgleich hierin Gesetz und Gewohnheitsrecht, von dem Standpunkt allgemeiner Betrachtung aus, vollkommen gleiche Natur haben. Wollte man insbesondere die hier dargestellte Lehre (welches auch ihre innere Wahrheit seyn möchte) aus dem Römischen Recht zu begründen versuchen (f), so könnte auch dieses nicht zugegeben werden, da in der That das Römische Recht über den Beweis des Gewohnheitsrechts keine Vorschriften aufstellt.

Dennoch ist in dieser, der Hauptsache nach irrigen, Lehre ein wahres Element enthalten, und nur indem wir dieses anerkennen, und in seine wahren Gränzen einschließen, dürfen wir hoffen, den damit vermischten Irrthum völlig zu beseitigen (g).

(f) So scheint es anzusehen Eichhorn deutsches Privatrecht § 26.

(g) Vgl. Puchta Gewohnheitsrecht II. S. 165 fg.

Unser Rechtszustand ist ein künstlicher geworden; wir fordern von dem Richter ein wissenschaftliches Rechtsstudium, über welches er sich durch bestimmte Prüfungen ausweisen muß, und dadurch wird seine Stellung eine ganz andere als die der alten Schöffen war. Diese legten bey jedem Rechtsstreit Zeugniß ab von dem im Volk lebenden Recht, dessen unmittelbares Bewußtseyn ihnen beywohnte wie allen Übrigen, nur vielleicht durch größere Übung reiner und vollständiger als Anderen. Indem wir von dem heutigen Richter auf einer Seite weit mehr fordern, als von jenen gefordert wurde, müssen wir auf der anderen Seite unsere Forderungen herabstimmen. Er soll urtheilen mit Hülfe der nicht ohne Aufwand vieler Kräfte erworbenen Wissenschaft, daher können wir nicht erwarten, daß er auch durch das Leben im Volke ein unmittelbares Rechtsbewußtseyn, gleich den alten Schöffen, erworben haben werde (h). Daraus folgt nun, daß unser heutiger Richter sich anders verhalten muß zu dem Theil des Rechts, welcher aus Gesetz oder Wissenschaft, anders zu dem, welcher aus Gewohnheitsrecht hervorgegangen

(h) Theilweise gründet sich diese Verschiedenheit allerdings auf den Umstand, daß wir ein fremdes Recht angenommen haben, welches seiner Natur nach stets ein gelehrtes Studium nöthig macht; dennoch wäre es irrig, hierin auch nur den Hauptgrund zu suchen. Die Engländer haben kein fremdes Recht, aber die Masse ihrer Parlamentsacte und Präjudicien ist so ungeheuer, daß die nothwendige Kenntniß derselben dem heutigen Englischen Richter, eben so wie bey uns das Studium des Römischen Rechts, einen völlig verschiedenen Character von dem der alten Schöffen giebt.

ist. Das gesetzliche und wissenschaftliche Recht kann und soll er kennen, und er verletzt seine Amtspflicht, wenn er aus Unkenntniß desselben unrichtig urtheilt; mit dem Gewohnheitsrecht steht es für ihn nicht also. Die Partey folglich, die sicher seyn will, daß nicht zu ihrem Schaden eine Regel des Gewohnheitsrechts übersehen werde, muß diese Regel dem Richter anzeigen, und zugleich zur Überzeugung bringen; versäumt sie jenes, oder mislingt ihr dieses, so hat sie sich selbst den Nachtheil zuzuschreiben, und den Richter trifft im Allgemeinen kein Vorwurf.

Hierin also liegt die unverkennbare praktische Ähnlichkeit zwischen dem Gewohnheitsrecht und den eigentlichen, wahren Thatsachen; denn auch diese müssen allegirt und bewiesen werden. Dennoch ist diese Ähnlichkeit sehr verschieden von gänzlicher Übereinstimmung, indem nämlich folgende sehr wichtige praktische Verschiedenheiten daneben bestehen (i). Die Thatsache darf der Richter niemals suppliren, wenn nicht eine Partey sie vorbringt; das Gewohnheitsrecht darf und soll er beachten, wenn er auch nur zufällig Kenntniß davon hat. Die Thatsache muß in bestimmten Zeitpunkten des Rechtsstreits vorgebracht, und nach bestimmten Regeln und Formen des Prozesses bewiesen werden; das Gewohnheitsrecht kann in jeder Lage des Rechtsstreits auf die Beurtheilung Einfluß bekommen, und über die Art der Beweisführung hat dabey der Richter ganz freye Macht. Das Gewohnheitsrecht

(i) Puchta Gewohnheitsrecht II. S. 169. 176. 187 fg.

ist also hierin völlig ähnlich den ausländischen Gesetzen, von welchen die Entscheidung manches Rechtsstreits abhängig seyn kann. Ihre Kenntniß wird von dem Richter nicht gefordert, und die Partey muß sie angeben und beweisen, ganz wie es hier von dem Gewohnheitsrecht bemerkt worden ist, also auch ohne daß sie dadurch mit eigentlichen Thatsachen völlig auf gleiche Linie treten.

Kommt es also in einem Rechtsstreit auf ein Gewohnheitsrecht an, so wird der Richter, um darüber Gewißheit zu erlangen, nach freyer Erwägung der Umstände zu verfahren haben. Er kann seine Überzeugung schöpfen aus einzelnen Fällen der Übung einer Rechtsregel, und die nothwendige Beschaffenheit solcher Fälle ist schon oben festgestellt worden (§ 29). Er kann aber auch solche Personen, die des Gewohnheitsrechts unmittelbar kundig sind, über dessen Inhalt vernehmen, die dann nicht sowohl als Zeugen, denn als Sachverständige betrachtet werden müssen, da sie nicht über einen Gegenstand sinnlicher Wahrnehmung befragt werden (k). Es wäre nicht richtig, dieses Verfahren als unmittelbare Anwendung des Justinianischen Gesetzes, welches davon redet, zu betrachten (Note d); denn Justinian sagt nicht, was der Richter thun solle, um ein Gewohnheitsrecht zu erfahren, sondern was er selbst gethan habe, um in einem bestimmten Fall

(k) Puchta II. S. 125 fg. S. 135 fg. Er führt auch frühere Schriftsteller an, die dieses Verfahren billigen. — Vgl. oben Note c.

ein dem Gewohnheitsrecht entsprechendes Gesetz vorzubereiten. Indem aber der Richter dieses Beyspiel befolgt, handelt er gewiß im Geist unsrer Gesetze, und insofern kann auch die angeführte Novelle als Rechtfertigung dieses Verfahrens dienen. — Gesetzt, dieselbe Regel des Gewohnheitsrechts, die jetzt in einem Rechtsstreit angeführt und bestritten wird, wäre schon in einem früheren Rechtsstreit geltend gemacht worden, und es hätte sie derselbe oder ein anderer Richter, nach sorgfältiger Prüfung, als wahr anerkannt, so wäre dieses frühere Urtheil eine wichtige Autorität, gleichsam ein amtliches Zeugniß, wodurch die gegenwärtige neue Erforschung erleichtert oder ganz entbehrlich gemacht werden könnte; um so mehr, als in jenem früheren Rechtsstreit der Widerspruch des Gegners die Aufmerksamkeit des prüfenden Richters geschärft haben muß. Daher giebt Ulpian mit Recht dem Richter den Rath, vor Allem nach solchen früheren Präjudicien über das gegenwärtig bestrittene Gewohnheitsrecht Erkundigung anzustellen (l).

Wir dürfen jedoch nicht vergessen, daß diese etwas abweichende Behandlung des Gewohnheitsrechts, in Vergleichung mit anderen Rechtsquellen, nicht in dem Wesen

(l) *L.* 34 *de leg.* (1. 3.) „Cum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur: primum quidem illud explorandum arbitror, *an etiam contradicto aliquando judicio consuetudo firmata sit.*" Vgl. Puchta I. S. 96. II. S. 129 fg. — Mit Unrecht haben Manche hieraus die Nothwendigkeit richterlicher Urtheile zur Begründung eines Gewohnheitsrechts herleiten wollen (§ 29).

jenes Rechts selbst ihren Grund hat, sondern in den unvermeidlichen Unvollkommenheiten unsres Rechtszustandes, die wir nicht zu verantworten haben, wohl aber ausgleichen müssen, so gut wir können. Daher ist es nöthig, den Fall dieser Abweichungen, die stets als Nothhülfe anzusehen sind, in so enge Gränzen als möglich einzuschließen. Es kann nun davon nicht die Rede seyn, zuvörderst bey den dem gemeinen Recht angehörenden Gewohnheiten. Denn diese sind ohne Ausnahme durch das Medium wissenschaftlicher Verarbeitung und Anerkennung hindurch gegangen, und tragen also den volksmäßigen Character nicht an sich, der den Grund der hier dargestellten Schwierigkeit ausmacht. Wenn also eine Partey, mit dem Widerspruch des Gegners, behauptet, daß das nudum pactum eine Klage bewirke, oder daß die leges restitutae im Coder, imgleichen die publicistischen Sätze des Römischen Rechts, keine praktische Geltung haben, so sind dieses zwar Sätze des allgemeinen Gewohnheitsrechts; aber kein Richter wird darüber ein Beweisverfahren anstellen, durch Aufsuchung einzelner Fälle der Übung jener Sätze, oder durch Abhörung kundiger Zeugen über dieselben. — Dadurch beschränkt sich also die Anwendung jener Abweichungen auf das partikuläre Gewohnheitsrecht. Aber auch in diesem wird sie wegfallen, wenn durch die oben als wünschenswerth dargestellten Maaßregeln für die Sammlung und Aufzeichnung des bestehenden Gewohnheitsrechts im Allgemeinen vorgesorgt ist. Werden in

unsren Tagen solche Sammlungen veranstaltet, so wird darüber ohnehin nicht leicht ein Zweifel entstehen können, weil die Sammlungen selbst meist eine gesetzliche Bestätigung erhalten werden.

Was endlich die Wirkungen des Gewohnheitsrechts betrifft, so mußte dasselbe im Allgemeinen wohl den Gesetzen gleich gestellt werden, da diese Gleichheit im Römischen Recht, das man hierin als Norm anerkannte, ganz ausdrücklich vorgeschrieben war. In jedem einzelnen Fall eines Gewohnheitsrechts aber konnte sich diese Wirkung auf zweyerley Weise äußern, je nachdem für dieselbe Rechtsfrage auch schon ein Gesetz vorhanden war, oder nicht. Im letzten Fall entstand keine Schwierigkeit, indem nun das Gewohnheitsrecht unstreitig in diesem Punkt die unvollständige Gesetzgebung ergänzte. Im ersten Fall (wenn das Gewohnheitsrecht mit einem Gesetz im Widerstreit stand) führte das Princip der Gleichheit dahin, jederzeit dem neueren unter diesen beiden Rechten den Vorzug zu geben, ohne Unterschied, ob es das Gesetz war oder das Gewohnheitsrecht. Einigen Zweifel hieran erregte allerdings die L. 2 C. quae sit longa consu. Dennoch haben stets die Meisten dem Gewohnheitsrecht die Kraft der Abänderung früherer Gesetze eingeräumt, und nur für gewisse Fälle, wegen jener Stelle des Coder, eine Ausnahme behauptet (m). — In neuerer Zeit aber ist von Mehreren folgender Unterschied geltend gemacht

(m) Vgl. die Beylage II.

worden. Es soll entweder die Rede seyn von der bloßen Abschaffung eines Gesetzes durch Nichtgebrauch (desuetudo), oder von der Verdrängung desselben durch ein Gewohnheitsrecht, welches eine andere Regel an die Stelle setze (consuetudo obrogatoria). Die letzte sey immer unbedenklich erlaubt, die erste aber gänzlich zu verwerfen (n). — Dieser Unterschied jedoch ist zuerst durch die angeführte Stelle des Coder auch nicht einmal scheinbar begründet, da diese, wenn man sie buchstäblich nehmen will, beide Fälle gleichmäßig verwirft: denn eine Gewohnheit, die eine neue Regel aufstellt, z. B. die Strafe des Gesetzes erhöht oder vermindert, überwindet ja eben so gut das Gesetz als eine solche, die das Strafgesetz blos aufhebt, indem sie die bisher strafbare Handlung straflos macht. Auch in dem Wesen des Gewohnheitsrechts liegt kein Grund für diese Unterscheidung. Freylich kann sich hinter den Ausdruck desuetudo Etwas verstecken, das gar nicht Gewohnheitsrecht ist, nämlich die Nichtanwendung eines Gesetzes einen langen Zeitraum hindurch, weil gerade kein Fall der Anwendung vorgekommen war. In einer solchen Unterlassung kann sich keine Rechtsüberzeugung offenbart haben, also kann auch darin kein Gewohnheitsrecht liegen. Dieses kann vielmehr nur dann angenommen werden, wenn

(n) Die ausführliche Vertheidigung dieser Meynung ist der Zweck von: Schweitzer de desuetudine Lips. 1801. Für dieselbe Ansicht erklärt sich: (Hübner) Berichtigungen und Zusätze zu Höpfner S. 159. — Die richtige Ansicht ist sehr befriedigend dargestellt von Puchta Gewohnheitsrecht II. S. 199 fg.

wirklich solche Fälle vorgekommen sind, und man dennoch die Anwendung des Gesetzes unterlassen hat. Dann aber ist in der That kein Grund vorhanden, der wahren, eigentlichen Gewohnheit jener Nichtanwendung weniger Kraft gegen das Gesetz einzuräumen, als derjenigen Gewohnheit, welche eine andere positive Regel anstatt des Gesetzes aufstellt. Ja eigentlich kann man jede desuetudo auch zugleich so auffassen, daß dadurch eine andere Regel substituirt wird. Denn wenn z. B. das Verbot der Zinseszinsen für die laufenden Rechnungen des Handelsstandes abgeschafft wird, so ist das allerdings zunächst eine desuetndo; allein diese hat zugleich die Folge, daß in solchen Fällen die allgemeinere Rechtsregel anwendbar wird, wodurch alle nicht besonders verbotene Zinsverträge für gültig erklärt werden.

Eine Modification der Wirkung tritt ein, wenn eine partikuläre Gewohnheit entweder mit dem Staatsinteresse, oder mit einem absoluten allgemeinen Landesgesetz in Widerstreit ist. Hier muß der Gewohnheit, selbst wenn sie neuer ist als das Gesetz, jede Kraft abgesprochen werden, und dieser Satz folgt nicht nur aus der richtigen Erklärung der angeführten Stelle des Coder, sondern auch aus der Natur des Verhältnisses eines einzelnen Theils des Staates zum Ganzen (o). So würde z. B. ein neues Wuchergesetz allgemein angewendet werden müssen, und keine partikuläre Gewohnheit, möchte sie vor oder nach

(o) Vgl. die angeführte Beylage II.

jenem Gesetz entstanden seyn, dürfte diese Anwendung hindern.

§. 31.
Aussprüche der neueren Gesetzbücher über die Rechtsquellen.

Die hier dargestellten Ansichten neuerer Schriftsteller konnten nicht ohne Einfluß auf die in unsrer Zeit entstandenen Gesetzbücher bleiben, und es soll nun noch angegeben werden, wie, von dem Standpunkt dieser Gesetzbücher aus, die Rechtsquellen zu betrachten sind.

Das Preußische Landrecht (das älteste unter ihnen) hebt zuerst das ganze bis dahin geltende gemeine Recht auf, setzt sich also allein an dessen Stelle: und diese Aufhebung war ganz consequent, indem alles Brauchbare aus dem früheren Recht hier aufgenommen seyn sollte (a). — Für die Zukunft bestimmt es zuerst die Art, wie die Gesetze abgefaßt, und wie sie bekannt gemacht werden sollten (b). Auch das war nicht inconsequent, da ja überhaupt das Landrecht viele Stücke des Staatsrechts in sich aufnahm; nur wurden einige Zeit nachher diese Bestimmungen ganz unzureichend befunden, und durch andere ersetzt. — Das bisher geltende allgemeine Gewohnheitsrecht war in der Aufhebung des gemeinen Rechts mitbegriffen. Das partikuläre Gewohnheitsrecht sollte gesammelt, und binnen zwey Jahren, soweit es brauchbar wäre,

(a) Publikationspatent § 1. (b) L. R. Einleitung § 7–11.

neben den provinziellen Gesetzen, in Provinzialgesetzbüchern zusammengestellt werden. Was hier nicht aufgenommen wäre, sollte nur gelten, insoferne das Landrecht entweder in einzelnen Stellen auf Ortsgewohnheiten verwiese, oder dadurch ergänzt würde (c). Über die künftige Entstehung eines neuen Gewohnheitsrechts ist Nichts bestimmt; ohne Zweifel sollte auch dieses nur unter den zwey erwähnten alternativen Voraussetzungen, also auch nur als partikuläres Recht zulässig seyn. — Endlich über das wissenschaftliche Recht wird gesagt: „Auf Meynungen der Rechtslehrer, oder ältere Aussprüche der Richter, soll, bey künftigen Entscheidungen, keine Rücksicht genommen werden (d).“ Unter den Aussprüchen der Richter sind hier gewiß die Präjudicien, nicht die rechtskräftigen Urtheile gemeynt, obgleich der Ausdruck auf beide Arten der Einwirkung bezogen werden könnte. Daß darauf, so wie auf die Meynungen der Rechtslehrer, keine Rücksicht genommen werden soll, hat gewiß nur den Sinn, daß ihnen keine bindende, den Gesetzen ähnliche Kraft beyzulegen ist; denn den Einfluß auf die Ansicht und Überzeugung des künftigen Richters, also die (vielleicht unbewußte) Rücksicht darauf kann ja kein Gesetz verhindern.

Das Französische Gesetzbuch enthält, eben so consequent, über diese Gegenstände keine directe Bestimmung, da es sich überhaupt nicht auf das öffentliche Recht

(c) Publikationspatent § 7. — L. R. Einleitung § 3. 4.
(d) L. R. Einleitung § 6.

erstreckt. Die Aufhebung des bisher geltenden fremden Rechts, der königlichen Ordonnanzen, so wie der provinziellen und örtlichen Rechte, insofern deren Gegenstand in dem Code berührt wäre, wurde in einem besondern Gesetze ausgesprochen (e). Der Code selbst enthält nur die wichtige indirecte Bestimmung, daß kein Richter wegen der Dunkelheit oder Unzulänglichkeit der Gesetze sein Urtheil verweigern dürfe (f). Darin liegt die Berechtigung des Richters, sich in solchen Fällen selbst zu helfen, wie er kann; gegen den Misbrauch dieses Rechts schützt der Cassationshof, so daß also hierin ein consequent durchgeführtes System wahrzunehmen ist. Außerdem verweist der Code in einigen wenigen Lehren (Servituten und Miethvertrag) auf örtliche Gewohnheiten und Reglements (g). Von der künftigen Rechtserzeugung wird Nichts gesagt: ohne Zweifel aber ist es so gemeynt, daß ein allgemeines Gewohnheitsrecht künftig nicht entstehen soll, ein partikuläres aber nur in den wenigen Fällen,

(e) Loi du 21. Mars 1804 „à compter du jour ou les lois composant le code civil sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts et reglemects ont cessé d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matieres qui sont l'objet de ces lois." Coutumes générales ou locales heißt nicht etwa allgemeines oder partikuläres Gewohnheitsrecht, sondern: Provinzialrecht oder Stadtrecht (ohne Unterschied, ob geschrieben oder ungeschrieben). Gewohnheitsrecht heißt usage.

(f) Code civil art. 4.

(g) Code civil art. 645. 650. 663. 671. 674. 1736. 1754. 1758. 1777. — Nur scheinbar gehören dahin art. 1135. 1159. 1160.

worin der Code auch schon jetzt auf Ortsgewohnheiten verweist.

Das Österreichische Gesetzbuch enthält die Aufhebung des gemeinen Rechts, und namentlich auch der Gewohnheiten, im Einführungspatent von 1811. Im Gesetzbuch selbst wird über die Gesetzgebung Nichts bestimmt, wie es sich denn überhaupt auf das Privatrecht beschränkt. Gewohnheiten sollen nur bey den Gegenständen gelten, wobey ein Gesetz auf dieselben verweist. Von richterlichen Urtheilen wird nur gesagt, daß sie nie die Kraft eines Gesetzes haben, und daß sie auf andere Fälle oder andere Personen nicht ausgedehnt werden können (h).

Unter allen diesen Bestimmungen sind minder wichtig die, welche die Gesetzgebung betreffen, indem, was hierin wichtig ist, doch anderwärts, und nicht in dem allgemeinen Gesetzbuch, seine Erledigung findet: eben so was das Gewohnheitsrecht angeht, indem ohnehin diese Art der Rechtsbildung, insofern sie als rein volksmäßig, und von dem wissenschaftlichen Recht unabhängig gedacht wird, in neueren Zeiten weniger vorkommt. Wichtig dagegen ist das Verhältniß, in welches in jedem dieser Staaten das Partikularrecht zu dem allgemeinen Recht gestellt ist: dieses jedoch liegt außer dem Kreise unsrer Betrachtung. Das allerwichtigste aber ist das Verhältniß der Gesetzbücher zu dem wissenschaftlichen Recht, das heißt einestheils der fortwährende Einfluß der Literatur und des Gerichtsge-

(h) Österreichisches Gesetzbuch § 10. 12.

brauchs auf die wirkliche Rechtspflege, anderntheils die Art, wie das neue Recht von dem Richterstand geistig aufgenommen und verarbeitet werden sollte: und zwar nicht wie dieses Verhältniß in den Gesetzbüchern ausdrücklich bestimmt ist (denn das ist wenig oder Nichts), sondern wie man dasselbe gedacht, erwartet, vorbereitet hat, und wie es in der That geworden ist. Hierin nun zeigt sich ein merkwürdiger Unterschied (§ 21). In Preußen hatte die ganze Reform keine politische Veranlassung, sondern lediglich den reinen, wohlwollenden Zweck, einen mangelhaften Zustand zu verbessern, und etwas recht Gutes an die Stelle zu setzen. Die fühlbarsten Übel aber hiengen mit dem Zustand der juristischen Literatur zusammen. In dieser fand sich wohl Gelehrsamkeit und Forschungsgeist, also mancher gute Stoff, aber wenig Zusammenhang, und besonders war der praktische Theil der Rechtswissenschaft hinter der allgemeinen Zeitbildung zurück geblieben, und außer Ansehen gekommen. Daß der Zusammenhang mit dieser Literatur ganz absterbe, schien ein Vortheil, ja nothwendig. Es ist also augenscheinlich, daß bey der ganzen Unternehmung ähnliche Gedanken zum Grund lagen, wie sie einst Justinian hegte (§ 26), nur mit den Unterschieden, die aus dem freyeren und geistigeren Zustand unsrer Zeit hervorgehen mußten. Darum wurde zu einer ähnlichen Unterdrückung aller Wissenschaft überhaupt kein Versuch gemacht. Auf der Basis des neuen Gesetzbuchs sollte vielmehr eine neue Rechtswissenschaft

entstehen, darauf war die große Ausführlichkeit des Gesetzbuchs, und selbst dessen lehrender Ton eingerichtet. Der negative Theil dieser Erwartung ist unmittelbar in Erfüllung gegangen, denn der Zusammenhang mit der früheren Rechtswissenschaft hat größtentheils aufgehört. Eine neue Rechtswissenschaft aber schien beynahe Vierzig Jahre lang auch nicht entstehen zu wollen. Erst seit Kurzem hat sich hierin eine bedeutende Regsamkeit entwickelt, welche zu den günstigsten Erwartungen berechtigt. — Inwieferne der eigentliche Zweck der neuen Gesetzgebung, die Praxis ausschließend und vollständig zu beherrschen und dadurch gleichförmig zu machen, erreicht worden ist, das würde sich nur durch Vergleichung der in den einzelnen Gerichten herrschenden Ansichten beurtheilen lassen, wozu es jedoch an literarischem Material lange gefehlt hat. Indessen ist auch zur Förderung dieses Zwecks nunmehr ein trefflicher Anfang gemacht worden (i).

Fast Alles war anders in Frankreich (§ 21). Nicht daß man den Zustand des Rechts schlecht, oder gar unerträglich gefunden hätte, war hier die Ursache der neuen Gesetzgebung, sondern diese gehörte zur natürlichen Entwicklung der Revolution. Das Streben derselben war vorzüglich auf die Zerstörung der historischen Verhältnisse, besonders auch der Verschiedenheit der Provinzen, gerichtet, und diese gleichstellende Auflösung alles örtlich Ver-

(i) Simon und Strampff Rechtssprüche preußischer Gerichtshöfe. Berlin 1828. fg. 8.

schiedenen in einem einfachen Frankreich sollte nun auch von Seiten des Privatrechts vollzogen werden; das war der Hauptzweck des Code. Nun hatte vor der Revolution zwar die gelehrte Seite der Rechtswissenschaft weit niedriger gestanden als in Deutschland, die praktische Seite dagegen höher. Die gerichtliche Beredsamkeit, die Verbindung mit der geselligen Bildung der großen Hauptstadt, der Glanz und Einfluß der Parlamente — Alles hatte zusammen gewirkt, um dem Stand und der Thätigkeit der Richter und Advokaten höhere Bildung, und durch diese auch bedeutendes Ansehen zu erhalten. Die so entstandene Jurisprudence zu verdrängen, dachte man bey der Abfassung des Code nicht, man rechnete vielmehr auf ihre ungestörte Fortdauer, und eben in dieser Voraussetzung konnte man oft die wichtigsten Rechtsinstitute so kurz abfertigen. Der wirkliche Erfolg stimmt damit ganz überein. Die neuere juristische Literatur steht mit der früheren in so ununterbrochenem Zusammenhang, daß man kaum glauben sollte, es liege zwischen ihnen eine so wichtige Thatsache, wie die Erscheinung des Code. Ja es ist vielleicht keine Seite des öffentlichen Lebens in Frankreich, die durch die Revolution so wenig von Grund aus erschüttert und verändert worden wäre, als die bürgerliche Rechtspflege.

So hat sich also auch hierin der verschiedene Geist der Nationen, mit ihren eigenthümlichen Vorzügen und Schwächen, bewährt. Gewiß also werden Diejenigen,

denen die höhere Leitung einer jeden obliegt, wohl thun, deren besonderes Bedürfniß zu bedenken, und zugleich die Kräfte zu beachten, auf welche in ihr vorzugsweise zu rechnen ist, um Großes zu bewirken. Namentlich in Deutschland würde es nicht räthlich seyn, die Entwicklung des Rechts in ähnlicher Art, wie es im Mittelalter und noch späterhin geschah, sich selbst zu überlassen, woraus eben die moderne Praxis entstanden ist. Auf der andern Seite aber wäre es eben so wenig räthlich, wenn für diesen Zweck durch die höchsten Staatsbehörden (zunächst die Justizministerien) im gewöhnlichen Geschäftsmechanismus gesorgt würde, so wie für jedes laufende Geschäft, das eben, so gut es gelingen will, fertig gemacht werden muß. Vielmehr ist anzuerkennen, daß der Zweck nicht erreicht werden kann durch Wissenschaft allein, eben so wenig aber durch Praxis allein, sondern nur dadurch, daß beide verbunden werden und sich durchdringen. Dieses aber könnte in jedem größeren Staate geschehen durch eine aus gründlichen Gelehrten und erfahrnen Geschäftsmännern gebildete Gesetzkommission, die in fortgesetzter lebendiger Verbindung mit den höheren Gerichten stehen, und durch diese die Erfahrungen des im Leben vorkommenden Rechts einsammeln müßte. Durch eine solche Einrichtung würde mit Bewußtseyn, und daher mit sichrerem Erfolg, geschehen, was in den früheren Jahrhunderten bewußtlos geschah. Zugleich wäre diese Einrichtung, bey gänzlicher Verschiedenheit der äußeren Form, dem

inneren Wesen nach ähnlich derjenigen Fortbildung, die im Römischen Recht durch das jährlich revidirte prätorische Edict bewirkt wurde. — Jedoch ist diese Bemerkung nur zu beziehen auf diejenige Fortbildung des Rechts, welche durch die demselben inwohnende organische Kraft, also durch innere Entwicklung, bewirkt wird (§ 7). Dann kann in dieser Form Vieles von demjenigen zweckmäßig und befriedigend geleistet werden, was außerdem der Gesetzgebung anheim fallen müßte (§ 13). Daß dieser Gegensatz nicht hier willkührlich ersonnen, sondern durch Erfahrung bewährt, und im Großen (wenngleich vielleicht nicht mit klarem Bewußtseyn) anerkannt ist, zeigt besonders das Beyspiel solcher Staaten, worin das Recht der Gesetzgebung durch künstliches Zusammenwirken verschiedener Gewalten ausgeübt wird, wie in England und Frankreich. Denn wie sehr auch diese einzelnen Gewalten sich gegen jede Beschränkung ihrer Theilnahme an jenem wichtigen Recht eifersüchtig zeigen, so liegt ihnen doch jene innere, stille Rechtsbildung so sehr außer dem Gebiet eines möglichen Streites, daß sie dieselbe ungestört sich selbst überlassen. Nur wo zuweilen eine neue Rechtsbestimmung besondere politische Beziehungen darbietet, fällt sie nothwendig der strengen Form der Gesetzgebung anheim: noch mehr aber, wo das Recht auf eine so umfassende und durchgreifende Weise umgebildet wird, wie es in dem Gesetzbuch Napoleons geschehen ist.

Viertes Kapitel.
Auslegung der Gesetze.

§. 32.
Begriff der Auslegung. Eintheilung in legale und doctrinelle.

Bis hierher wurde der Inhalt der Rechtsquellen als die selbstständige Regel des Rechts, mithin als ein Gegebenes, betrachtet. Soll diese Regel in das Leben übergehen, so ist es nöthig, daß wir von unsrer Seite etwas dazu thun, daß wir sie auf bestimmte Weise in uns aufnehmen. Diese Aufnahme kann zu den verschiedensten Anwendungen führen: in dem Gelehrten zur Ausbildung der Wissenschaft in vielartigen Formen; in dem Richter zu Urtheilen und deren Ausführung; in den Einzelnen zur Einrichtung ihrer Lebensverhältnisse in bestimmter Gestalt. Die Eigenthümlichkeit solcher besonderen Entwicklungen ist unsrer Aufgabe fremd; ihnen Allen aber liegt als Gemeinsames zum Grunde eine bestimmte Weise, den Inhalt der Rechtsquellen aufzunehmen, und dieses Gemeinsame soll in dem gegenwärtigen Abschnitte dargestellt werden.

Das, was von unsrer Seite gefordert wird, ist eine geistige Thätigkeit, also, wie einfach es auch oft aussehe, ein wissenschaftliches Geschäft, Anfang und Grundlage der Rechtswissenschaft. Von dieser war oben die Rede, als von einem zur Rechtserzeugung mitwirkenden Princip;

hier aber erscheint sie auf umgekehrte Weise, insoferne sie das unabhängig von ihr entstandene Recht aufnimmt und zum bestimmten Bewußtseyn bringt.

Eine solche Aufnahme des Rechts ist denkbar und nothwendig bey allen Arten der Rechtsquellen. Jedoch bey dem Gewohnheitsrecht und bey dem wissenschaftlichen Recht ist das Geschäft einfacherer Natur. Zwar über das Wesen dieser Arten der Rechtserzeugung kommen sehr einflußreiche Irrthümer vor, wovon schon oben gehandelt worden ist. Sind aber diese erkannt und vermieden, so ist das Geschäft selbst einer ins Einzelne gehenden Anweisung nicht bedürftig. Anders verhält es sich mit den Gesetzen, bey welchen gerade dieses Geschäft oft eine sehr verwickelte Natur hat. Aus diesem Grunde hat der gegenwärtige Abschnitt die specielle Bezeichnung von der Auslegung der Gesetze erhalten.

Die hierin enthaltene freye Geistesthätigkeit läßt sich dahin bestimmen, daß wir das Gesetz in seiner Wahrheit erkennen, das heißt so wie uns dessen Wahrheit durch Anwendung eines regelmäßigen Verfahrens erkennbar wird. Sie ist bey jedem Gesetze, wenn es in das Leben eingreifen soll, nothwendig, und in dieser ihrer allgemeinen Nothwendigkeit liegt zugleich ihre Rechtfertigung. — Ihre Anwendbarkeit ist also nicht etwa, wie Viele annehmen, bedingt durch den ganz zufälligen Umstand der Dunkelheit eines Gesetzes (§ 50). Allerdings kann sie dadurch besonders wichtig und erfolgreich werden. Allein jene Eigen-

schaft des Gesetzes ist eine Unvollkommenheit, und es ist nöthig von der Betrachtung des gesunden Zustandes auszugehen, um für den mangelhaften Zustand sicheren Rath zu finden. — Eben so aber ist auf der anderen Seite jene Thätigkeit nicht etwa ausgeschlossen durch einen hohen Grad der Dunkelheit (a). Vielmehr müssen wir behaupten, daß namentlich den Richter, nach der allgemeinen Natur seines Amtes, die Dunkelheit eines Gesetzes niemals abhalten darf, eine bestimmte Meynung über dessen Inhalt zu fassen, und darnach ein Urtheil zu sprechen. Denn auch die Thatsachen können in einem Rechtsstreit höchst zweifelhaft seyn, ohne daß deshalb der Richter sein Urtheil verweigern darf. Zwischen beiden Elementen des Urtheils (Rechtsregel und Thatsachen) ist aber in dieser Hinsicht kein wesentlicher Unterschied. Die ausdrückliche Vorschrift des Französischen Rechts also, welche dem Richter verbietet, wegen eines mangelnden, dunklen, oder unzulänglichen Gesetzes sein Urtheil zu verweigern (b), ist der allgemeinen Natur des Richteramts völlig angemessen.

In Einem Fall jedoch ist jene freye Thätigkeit allerdings ausgeschlossen: wenn nämlich die Auffassung eines Gesetzes selbst wieder Gegenstand einer neuen Rechtsregel geworden ist. Ist also durch ein neues Gesetz, oder auch durch ein wahres Gewohnheitsrecht bestimmt worden, wie

(a) Der Zusammenhang dieser Meynung mit den Vorschriften des Justinianischen Rechts kann erst weiter unten klar gemacht werden. Vgl. § 48.

(b) Code civil art. 4.

ein älteres Gesetz verstanden werden soll, so ist dadurch jene freye Thätigkeit gänzlich ausgeschlossen, und das ältere Gesetz muß in dem nunmehr vorgeschriebenen Sinn auch von Denjenigen aufgefaßt und angewendet werden, welche etwa für sich von der Unrichtigkeit dieser Auslegung überzeugt seyn mögen. Die Neueren nennen dieses, je nachdem es auf Gesetz oder Gewohnheitsrecht (c) beruht, die authentische und usuelle Interpretation, beide zusammen die legale, welche sie nun der doctrinellen, das heißt der oben beschriebenen freyen oder wissenschaftlichen Thätigkeit entgegensetzen. — Die Vorstellungsweise, welche diesen Kunstausdrücken zum Grunde liegt, ist insoferne richtig, als man blos das letzte Ziel, nämlich den anzuerkennenden Inhalt des Gesetzes, ins Auge faßt. Dann heißt Auslegung jedes Mittel zu diesem Zweck, und dieser Begriff unterliegt ferner der eben erwähnten Eintheilung. Wenn man dagegen auf das Wesen des Verfahrens sieht, so muß man nothwendig von dem oben aufgestellten Begriff der Auslegung als einer freyen Thätigkeit ausgehen, weil diese durch die Bestimmung eines jeden Gesetzes selbst, als das allgemeine und nothwendige gegeben ist. Denn jedes Gesetz soll ins Leben treten, was zunächst nur durch geistige Auffassung

(c) Dieses interpretirende Gewohnheitsrecht wird immer zugleich die Natur des wissenschaftlichen Rechts an sich tragen (§ 14. 20.). Denn ein allgemeines Volksbewußtseyn, welches die Auffassung eines einzelnen Gesetzes zum Gegenstand hätte, ist nur in den seltensten Fällen denkbar.

möglich ist, und es kann gewiß nicht als der natürliche Zustand angesehen werden, daß jedem Gesetze ein anderes, seinen Sinn bestimmendes, nachfolge; ja selbst wenn dieser Hergang der natürliche wäre, so würde dennoch zunächst, bis zur Erscheinung des neuen Gesetzes, jene freye Thätigkeit unentbehrlich seyn. Geht man nun von dem Grundbegriff der Auslegung als einer freyen Thätigkeit aus, so erscheint dann die sogenannte legale Interpretation nicht als eine ihr coordinirte Art derselben Gattung, sondern vielmehr als reiner Gegensatz, als Ausschließung oder Verbot jener freyen Thätigkeit überhaupt. Und diese Auffassung bewährt sich auch dadurch als die richtige, daß in derselben das wahre und unläugbare Verhältniß von Regel und Ausnahme am deutlichsten hervortritt. Es wird daher von jetzt an unter Auslegung überhaupt nur allein die sogenannte doctrinelle Interpretation verstanden werden. — Neuere Schriftsteller freylich haben hierin das Verhältniß von Regel und Ausnahme gerade umgekehrt. Es ist behauptet worden, alle Auslegung sey ihrer Natur nach eigentlich eine Art der Gesetzgebung, und sie könne nur durch Delegation von Seiten der höchsten Gewalt an einzelne Behörden oder gar in Privathände gerathen (d). Diese Behauptung hängt aber zusammen mit anderen Vorstellungen neuerer Schriftsteller, nach welchen die Auslegung nicht in den Gränzen einer reinen,

(d) Zachariä Hermeneutik des Rechts, Meissen 1805. S. 161 —165.

wahren Auffassung bleibt, sondern in der That zu einer Umbildung des Gesetzes wird; davon kann jedoch erst weiter unten geredet werden.

Die Auslegung ist eine Kunst, und die Bildung zu derselben wird durch die trefflichen Muster aus alter und neuer Zeit, die wir in reichem Maaße besitzen, gefördert. Ungleich mangelhafter ist Dasjenige, was bis jetzt als Theorie derselben aufgestellt worden ist. Diese Unzulänglichkeit der bisherigen Theorie ist eine zufällige: allein es ist wichtig, daß man sich über den Werth einer solchen Theorie überhaupt, auch der besten, nicht täusche. Denn diese Kunst läßt sich eben so wenig, als irgend eine andere, durch Regeln mittheilen oder erwerben. Allein wir können durch die Betrachtung vorzüglicher Muster ergründen, worin die Trefflichkeit derselben liegt; dadurch aber werden wir unsren Sinn schärfen für das, worauf es bey jeder Auslegung ankommt, und unser Streben auf die rechten Punkte richten lernen. Dieses, und die Vermeidung der mancherley möglichen Abwege, ist es, was wir hier, wie in jeder Kunst, durch die Theorie zu gewinnen hoffen dürfen.

Auch hier müssen wir wieder auf die wichtige Frage eingehen, ob die Vorschriften des Römischen Rechts über die Auslegung, da wo dieses Recht gilt, bindende Kraft haben. Diese Frage wurde oben (§ 27) für die Fortbildung des Rechts selbst, aufgeworfen und verneint; hier betrifft sie das Verhalten der Einzelnen zu den Quellen

des Rechts, und es könnten daher beide Fragen, obgleich unverkennbar verwandt, dennoch verschieden beantwortet werden. An dieser Stelle jedoch ist eine erschöpfende Beantwortung der erwähnten Frage noch nicht möglich. Daher werden bey der Darstellung dieser Lehre die Aussprüche des Römischen Rechts zwar vorläufig benutzt werden, es wird aber einstweilen dahin gestellt bleiben, ob sie als bindende Gesetze, oder nur als eine wichtige Autorität, gelten sollen.

Die Aufgabe dieses Kapitels hat zwey Theile: zunächst die Auslegung der einzelnen Gesetze für sich betrachtet, dann die des Quellenkreises im Ganzen. Da nämlich dieser zur vollständigen Beherrschung des Rechts bestimmt ist, so muß in ihm sowohl Einheit gefunden werden, als ein erschöpfendes Ganze. Die erste Forderung macht es nothwendig, alle Widersprüche zu entfernen, die zweyte, alle Lücken auszufüllen.

§. 33.

A. Auslegung einzelner Gesetze.

Grundregeln der Auslegung.

Jedes Gesetz ist dazu bestimmt, die Natur eines Rechtsverhältnisses festzustellen, also irgend einen Gedanken (sey er einfach oder zusammengesetzt) auszusprechen, wodurch das Daseyn jenes Rechtsverhältnisses gegen Irrthum und Willkühr gesichert werde. Soll dieser Zweck erreicht werden, so müssen Die, welche mit dem Rechtsverhältniß in

Berührung kommen, jenen Gedanken rein und vollständig auffassen. Dieses geschieht, indem sie sich in Gedanken auf den Standpunkt des Gesetzgebers versetzen, und dessen Thätigkeit in sich künstlich wiederholen, also das Gesetz in ihrem Denken von Neuem entstehen lassen. Das ist das Geschäft der Auslegung, die wir daher bestimmen können als die Reconstruction des dem Gesetze inwohnenden Gedankens (a). Nur auf diese Weise ist es möglich, eine sichere und vollständige Einsicht in den Inhalt des Gesetzes zu erlangen, und nur so ist daher der Zweck des Gesetzes zu erreichen.

Soweit ist die Auslegung der Gesetze von der Auslegung jedes anderen ausgedrückten Gedankens (wie sie z. B. in der Philologie geübt wird) nicht verschieden. Das Eigenthümliche derselben zeigt sich aber, wenn wir sie in ihre Bestandtheile zerlegen. So müssen wir in ihr Vier Elemente unterscheiden: ein grammatisches, logisches, historisches und systematisches.

Das grammatische Element der Auslegung hat zum Gegenstand das Wort, welches den Übergang aus dem Denken des Gesetzgebers in unser Denken vermittelt. Es

(a) Ich gebrauche den Ausdruck Gedanke, weil ich durch ihn den geistigen Inhalt des Gesetzes am bestimmtesten bezeichnet finde. Andere gebrauchen, nicht weniger richtig, den Ausdruck Sinn. Dagegen ist Absicht zu vermeiden, weil es zweydeutig ist: denn es kann auch auf das außer dem Inhalt des Gesetzes liegende Ziel bezogen werden, worauf das Gesetz mittelbar einwirken will. Die Römer gebrauchen abwechselnd die Ausdrücke mens und sententia.

besteht daher in der Darlegung der von dem Gesetzgeber angewendeten Sprachgesetze.

Das logische Element geht auf die Gliederung des Gedankens, also auf das logische Verhältniß, in welchem die einzelnen Theile desselben zu einander stehen.

Das historische Element hat zum Gegenstand den zur Zeit des gegebenen Gesetzes für das vorliegende Rechtsverhältniß durch Rechtsregeln bestimmten Zustand. In diesen Zustand sollte das Gesetz auf bestimmte Weise eingreifen, und die Art dieses Eingreifens, das was dem Recht durch dieses Gesetz neu eingefügt worden ist, soll jenes Element zur Anschauung bringen.

Das systematische Element endlich bezieht sich auf den inneren Zusammenhang, welcher alle Rechtsinstitute und Rechtsregeln zu einer großen Einheit verknüpft (§ 5). Dieser Zusammenhang, so gut als der historische, hat dem Gesetzgeber gleichfalls vorgeschwebt, und wir werden also seinen Gedanken nur dann vollständig erkennen, wenn wir uns klar machen, in welchem Verhältniß dieses Gesetz zu dem ganzen Rechtssystem steht, und wie es in das System wirksam eingreifen soll (b).

(b) Auch das systematische Element ist ein wesentliches, unentbehrliches Stück der Auslegung. Nur ist freylich in den vorhandenen zahlreichen Commentaren über die Justinianischen Rechtsbücher (in welchen man dasselbe vorzugsweise erwarten möchte) bey weitem der kleinste Theil als wahre Auslegung zu betrachten. Es sind meist Abhandlungen dogmatischer, zuweilen auch historischer Art, die nur von dem commentirten Text Gelegenheit nehmen, sich über die darin berührten Rechtssätze zu verbreiten.

Mit diesen vier Elementen ist die Einsicht in den Inhalt des Gesetzes vollendet. Es sind also nicht vier Arten der Auslegung, unter denen man nach Geschmack und Belieben wählen könnte, sondern es sind verschiedene Thätigkeiten, die vereinigt wirken müssen, wenn die Auslegung gelingen soll. Nur wird freylich bald die eine, bald die andere wichtiger seyn und sichtbarer hervortreten, so daß nur die stete Richtung der Aufmerksamkeit nach allen diesen Seiten unerläßlich ist, wenngleich in vielen einzelnen Fällen die ausdrückliche Erwähnung eines jeden dieser Elemente als unnütz und schwerfällig unterlassen werden kann, ohne Gefahr für die Gründlichkeit der Auslegung. Von zwey Bedingungen aber hängt der Erfolg jeder Auslegung ab, und darin lassen sich jene vier Elemente kurz zusammen fassen: erstlich daß wir uns die geistige Thätigkeit, woraus der vor uns liegende einzelne Ausdruck von Gedanken hervorgegangen ist, lebendig vergegenwärtigen: zweytens, daß wir die Anschauung des historisch-dogmatischen Ganzen, woraus dieses Einzelne allein Licht erhalten kann, in hinlänglicher Bereitschaft haben, um die Beziehungen desselben in dem vorliegenden Text sogleich wahrzunehmen. Erwägen wir diese Bedingungen, so vermindert sich dadurch das Auffallende mancher Erscheinung, die uns leicht an der Richtigkeit unsres Urtheils irre machen könnte. Wir finden nämlich nicht selten bey gelehrten und berühmten Schriftstellern Interpretationen von fast unbegreiflicher Verkehrtheit, während talentvolle Schüler, denen wir densel-

ben Text vorlegen, vielleicht das Rechte treffen. Solche Erfahrungen lassen sich besonders an den zahlreichen Rechtsfällen machen, woraus ein so großer und lehrreicher Theil der Digesten besteht.

Das Ziel der Auslegung geht bey jedem Gesetze dahin, gerade aus ihm so viel als möglich an wirklicher Rechtskenntniß zu gewinnen; die Auslegung also soll von der einen Seite individuell, von der andern reichhaltig in Resultaten seyn (c). Dieser Erfolg kann in verschiedenen Graden erreicht werden, und es ist diese Verschiedenheit abhängig theils von der Kunst des Auslegers, theils aber auch von der Kunst des Gesetzgebers, in dem Gesetze viel von sicherer Rechtskenntniß niederzulegen, also von diesem Punkte aus das Recht so viel als möglich zu beherrschen. Es besteht also hierin eine Wechselwirkung zwischen trefflicher Gesetzgebung und trefflicher Auslegung, indem der Erfolg einer jeden durch die andere bedingt und gesichert ist.

§. 34.

Grund des Gesetzes.

Ist es nun die Aufgabe der Auslegung, uns den In-

(c) Dieses Ziel des Verfahrens auszudrücken, ist der Name **Auslegung** (explicatio) besonders geeignet, indem er darauf geht, daß das in dem Wort Eingeschlossene an das Licht gezogen und dadurch offenbar gemacht werde. Der Name **Erklärung** dagegen deutet mehr darauf hin, daß der (zufällige) Zustand der Unklarheit aufgehoben und in Klarheit verwandelt werde, bezeichnet also weniger die allgemeine Natur des Geschäfts.

halt des Gesetzes zum Bewußtseyn zu bringen, so liegt Alles, was nicht Theil dieses Inhalts ist, wie verwandt es ihm auch seyn möge, streng genommen außer den Gränzen jener Aufgabe. Dahin gehört also auch die Einsicht in den Grund des Gesetzes (ratio legis). Der Begriff dieses Grundes ist auf sehr verschiedene Weise aufgefaßt worden, indem man ihn bald in die Vergangenheit gesetzt hat, bald in die Zukunft. Nach der ersten Ansicht gilt als Grund die schon vorhandene höhere Rechtsregel, deren consequente Durchführung das gegenwärtige Gesetz herbeygeführt hat. Nach der zweyten Ansicht gilt als Grund die Wirkung, die durch das Gesetz hervorgebracht werden soll, so daß der Grund, von diesem Standpunkt aus, auch als Zweck oder als Absicht des Gesetzes bezeichnet wird. Es würde irrig seyn, diese beiden Ansichten in einem absoluten Gegensatz zu denken. Vielmehr ist anzunehmen, daß dem Gesetzgeber stets beide Beziehungen seines Gedankens gegenwärtig gewesen sind. Eine relative Verschiedenheit aber liegt allerdings darin, daß bald die eine, bald die andere derselben bey einzelnen Gesetzen überwiegend seyn kann. Hierin ist besonders von Einfluß der oben erklärte Unterschied des regelmäßigen und anomalischen Rechts (§ 16). Bey dem regelmäßigen Recht (Jus commune) wird meist vorherrschend seyn die Beziehung auf schon bestehende Rechtsregeln, die hier zur vollständigeren Entwicklung kommen sollen; der Zweck ist blos der allgemeine, daß das Recht bestimmter erkannt und sicherer

angewendet werde. Bey dem anomalischen Recht (Jus singulare) ist dagegen vorherrschend die Beziehung auf das, was in der Zukunft erreicht werden soll; so z. B. soll durch die Wuchergesetze die Bedrückung armer Schuldner verhütet werden, und das Vorhergehende ist blos die allgemeine Maxime, durch eine Art vormundschaftlicher Aufsicht einzugreifen, wenn durch gewisse Rechtsgeschäfte der Wohlstand ganzer Klassen in Gefahr kommt.

Die Kenntniß des Gesetzgrundes kann mehr oder weniger gewiß seyn. Die höchste Sicherheit erhält sie dadurch, daß der Grund in dem Gesetze selbst ausgesprochen wird. Aber selbst in diesem Fall bleibt der Grund von dem das Recht bestimmenden Inhalt des Gesetzes getrennt, und darf nicht etwa als Bestandtheil desselben angesehen werden. Eben so wird auf der anderen Seite der Kraft des Gesetzes durch den gänzlichen Mangel eines uns bekannten Grundes Nichts entzogen; ja selbst wenn wir bestimmt wissen, daß das Gesetz gar keinen eigentlichen Grund je gehabt hat (von welchem Fall sogleich weiter die Rede seyn wird), vermindert sich dadurch dessen bindende Kraft nicht. — Eine besondere Art der Ungewißheit entsteht aus dem Daseyn mehrerer, neben einander bestehender Gründe, deren Verhältniß zu einander zweifelhaft seyn kann; ferner, bey einem an sich gewissen (vielleicht im Gesetz ausgesprochenen) Grund, aus der Möglichkeit nicht ausgesprochener Mittelglieder zwischen dem Grund und dem Inhalt des Gesetzes, durch welche viel-

leicht eine scheinbare Verschiedenheit zwischen beiden erklärt und gerechtfertigt werden kann (a).

Eben so giebt es auch verschiedene Grade in der Verwandtschaft des Grundes mit dem Inhalt des Gesetzes. Sie können zu einander stehen in dem einfachen, rein logischen Verhältniß des Grundes zur Folge: dann erscheint der Gesetzgrund als identisch mit dem Inhalt (b). In anderen Fällen dagegen werden beide sehr entfernt von einander stehen (c). Beide Fälle sollen hier durch die Namen specieller und genereller Gründe unterschieden werden. Diese Begriffe aber sind relativ, eine scharfe Gränze besteht zwischen denselben nicht, und es lassen sich vielmehr sehr allmälige Übergänge denken.

(a) Das Sc. Macedonianum hatte zum Zweck, wucherliche, die Familienverhältnisse gefährdende Geschäfte mit Kindern in väterlicher Gewalt zu verhindern. Das Verbot wurde aber viel weiter gefaßt, so daß auch ganz unschuldige Fälle darunter fielen, weil es außerdem unmöglich war, die wirklich gemeynten Fälle sicher zu treffen.

(b) *L.* 13 § 1 *de pign. act.* (13. 7.) bestimmt den Grad der Culpa für den Pfandcontract; diese Bestimmung ist eine reine Folgerung aus der allgemeineren in *L.* 5 § 2 *commodati* (13. 6.) enthaltenen Rechtsregel. Eben so bey mehreren anderen daselbst erwähnten Contracten, z. B. dem Depositum. Eine gleiche Anwendung, wie bey dem Depositum, wäre bey der Tutel denkbar gewesen, weil auch der Vormund keinen Vortheil aus seiner Verwaltung zieht. Allein hier wird das rein logische Verhältniß gestört durch die Einwirkung anderer Gründe, so daß also hier das vorher erwähnte Verhältniß concurrirender Gründe eintritt; und zwar ist hier dieses Verhältniß der verschiedenen Gründe zu einander so beschaffen, daß sie einander durchkreuzen.

(c) Die allgemeinere Rechtsregel über die Culpa (*L.* 5 § 2 *comm.*) beruht auf einem Grundsatz der aequitas, dessen Anerkennung und Begränzung an sich schwankend ist, und dieser einzelnen Anwendung sehr entfernt liegt.

Der Gebrauch des Gesetzgrundes ist zuerst unbedenklich und wichtig, wo es darauf ankommt, die Natur der in dem Gesetz enthaltenen Rechtsregel zu bestimmen: nämlich, ob sie eine absolute oder vermittelnde ist, desgleichen, ob sie als Jus commune oder singulare angesehen werden muß (§ 16). — Ungleich bedenklicher, und nur mit großer Vorsicht zulässig, ist der Gebrauch des Gesetzgrundes zur Auslegung der Gesetze; insbesondere ist dieser Gebrauch auch abhängig von den verschiedenen Graden der Gewißheit und der Verwandtschaft des Grundes, wie diese Verschiedenheiten so eben genauer erklärt worden sind. Die besonderen Bestimmungen hierüber können erst weiter unten gegeben werden.

Es sind also hier bey den Gesetzgründen mancherley Verschiedenheiten bemerkt worden: in der Art der Beziehung auf den Inhalt, in der Gewißheit, in der Verwandtschaft mit dem Inhalt, und in der Anwendbarkeit. Allein neben diesen Verschiedenheiten besteht das Gemeinsame, daß sie stets ein Verhältniß haben zu dem Wesen des Gesetzinhaltes selbst, oder mit anderen Worten eine objective, aus dem Denken des Gesetzgebers heraustretende Natur. Dieser ihrer Natur nach sind sie an sich für Jeden erkennbar, und wir können es nur für zufällig ansehen, wenn sie uns in einzelnen Fällen verborgen bleiben. Sie stehen daher in einem scharfen Gegensatz zu denjenigen Thatsachen, welche ein blos subjectives Verhältniß zu dem Denken des Gesetzgebers haben, und bey denen die Erkenn-

barkeit für Andere eben so zufällig eintritt, wie sie bey den Gesetzgründen natürlich ist und nur zufällig fehlen kann. Dahin gehören solche Begebenheiten, welche zu einem Gesetz den Anstoß gegeben haben, die aber eben so auch zu ganz anderen Maaßregeln hätten führen können (d). Eben dahin gehören die zuweilen ganz individuellen und vorübergehenden Wirkungen, um deren Willen der Gesetzgeber die bleibende und ins Allgemeine wirkende Regel aufgestellt hat (e). — Solchen subjectiven Beziehungen müssen wir selbst den beschränkten Gebrauch gänzlich absprechen, welcher den Gesetzgründen so eben eingeräumt worden ist. Nur der negative Gebrauch kann von ihnen gemacht werden, daß vielleicht aus ihnen die Abwesenheit irgend eines wahren Gesetzgrundes erhellt: dann werden sie dazu dienen, uns gegen die irrige Annahme eines solchen zu verwahren (f).

(d) So z. B. das Verbrechen, welches zu dem Sc. Macedonianum Veranlassung gegeben hat. *L. 1 pr. de Sc. Maced.* (14.6.).

(e) So z. B. unter K. Claudius das Gesetz, welches die Ehe mit des Bruders Tochter allgemein frey gab, nur damit der Kaiser die Agrippina, Tochter des Germanicus, zur Gemahlin nehmen konnte. Suetonii Claud. C. 26. Taciti annal. XII. 5—7.

(f) Gewöhnlich werden diese subjective Beziehungen von dem Grund des Gesetzes nicht hinreichend gesondert, wozu denn die schwankenden Ausdrücke Beweggrund, Veranlassung, Absicht des Gesetzes nicht wenig beytragen. Am wenigsten ungenau scheint hierin Hufeland Geist des Römischen Rechts Th. 1. Giessen 1813. S. 13—19.

§. 35.
Auslegung mangelhafter Gesetze. Arten derselben, und Hülfsmittel dagegen.

Die aufgestellten Grundsätze der Auslegung (§ 33) können genügen für den gesunden Zustand des Gesetzes, da der Ausdruck einen in sich vollendeten Gedanken darstellt, und kein Umstand vorhanden ist, der uns hindert, diesen Gedanken als wahren Inhalt des Gesetzes anzuerkennen. Es sind aber nun noch die schwierigeren Fälle mangelhafter Gesetze darzustellen, und zugleich die Hülfsmittel anzugeben, wodurch diese Schwierigkeiten beseitigt werden können. Die an sich denkbaren Fälle solcher mangelhaften Gesetze sind folgende:

I. Unbestimmter Ausdruck, der also überhaupt auf keinen vollendeten Gedanken führt.

II. Unrichtiger Ausdruck, indem der von ihm unmittelbar bezeichnete Gedanke von dem wirklichen Gedanken des Gesetzes verschieden ist.

In diesen Fällen ist eine Stufenfolge des Bedürfnisses sichtbar. Denn die Beseitigung des ersten Mangels, wo er vorkommt, ist eben so unbedenklich als schlechthin nothwendig. Der zweyte führt schon größere Bedenken mit sich, und macht wenigstens besondere Vorsicht nöthig.

Ehe aber diese Fälle im Einzelnen dargestellt werden, ist es nöthig, auch die Hülfsmittel zu erwägen, die bey ihrer Behandlung angewendet werden können.

Das erste Hülfsmittel besteht in dem inneren Zusammenhang der Gesetzgebung; ein zweytes in dem Zusammenhang des Gesetzes mit seinem Grunde; ein drittes in dem innern Werthe des aus der Auslegung hervorgehenden Inhalts.

A. Innerer Zusammenhang der Gesetzgebung. Dieser kann auf zweyerley Weise als Hülfsmittel der Auslegung bey mangelhaften Gesetzen benutzt werden. Erstlich insoferne der mangelhafte Theil eines Gesetzes aus einem andern Theil desselben Gesetzes erklärt wird, welches die sicherste unter allen Erklärungsweisen ist (a): zweytens durch Erklärung des mangelhaften Gesetzes aus anderen Gesetzen (b). Diese letzte Art der Auslegung wird um so gewisser seyn, je näher die beiden Gesetze einander stehen, also am gewissesten, wenn sie von einem und demselben Gesetzgeber herrühren. Jedoch können auch die anderen (zur Erklärung benutzten) Gesetze älter seyn, als das aus ihnen erklärte, wobey also die richtige Voraussetzung zum Grunde liegt, der Urheber des jetzt auszulegenden Gesetzes habe diese älteren vor Augen gehabt, und sie seyen also ein ergänzendes Stück seines Gedankens gewesen (c). Die

(a) *L.* 24 *de legibus* (1. 3.) „Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere."

(b) Diese Art der Auslegung des einzelnen mangelhaften Gesetzes mit Hülfe eines andern ist nicht zu verwechseln mit der Ausgleichung der Widersprüche, die zur Behandlung des Quellenkreises als eines Ganzen gehört. Davon wird erst weiter unten die Rede seyn (§ 42—45).

(c) *L.* 26. 27 *de leg.* (1. 3.) „Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur. — Ideo, quia antiquiores

zur Erklärung benutzten Gesetze können endlich auch neuere seyn: nur wird dieser Fall seltener in das Gebiet der reinen Auslegung gehören. Denn in den meisten Fällen werden solche neuere Gesetze zu dem mangelhaften in dem Verhältniß einer Abänderung stehen, oder wenigstens einer authentischen Auslegung (§ 32), welche nicht mehr wahre Auslegung ist. Wo dieses Verfahren als reine Auslegung vorkommt, beruht es auf der Voraussetzung, daß die Denkweise des früheren Gesetzgebers auch in der späteren Gesetzgebung sich erhalten habe (d).

B. Der Grund des Gesetzes kann gleichfalls ein Hülfsmittel zur Auslegung des mangelhaften Gesetzes seyn, jedoch nicht so unbedingt, als der Zusammenhang der Gesetzgebung. Vielmehr wird seine Anwendbarkeit abhängen von dem Grade der Gewißheit, womit wir ihn erkennen, und von dem Grade seiner Verwandtschaft zu dem Inhalt (§ 34). Steht eine dieser Rücksichten entgegen, so wird er zwar noch immer auf die Beseitigung der ersten Art von Mängeln (der Unbestimmtheit)

leges ad posteriores trahi usitatum est, et semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt."

(d) *L.* 28 *de leg.* (1. 3.) „Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint." Hier ist blos der Fall der Abänderung, als den Gebrauch zur Auslegung ausschließend, bezeichnet. Aber auch im Fall der authentischen Auslegung ist es einleuchtend, daß wir den durch das spätere Gesetz angegebenen Sinn des früheren nicht deswegen annehmen, weil wir ihn für wahr halten, sondern weil ihn das spätere vorschreibt.

angewendet werden können, aber weniger auf die der zweyten (des unrichtigen Ausdrucks).

C. Der innere Werth des Resultats endlich ist unter allen Hülfsmitteln das gefährlichste, indem dadurch am leichtesten der Ausleger die Gränzen seines Geschäfts überschreiten und in das Gebiet des Gesetzgebers hinüber greifen wird. Daher kann dieses Hülfsmittel lediglich bey der Unbestimmtheit des Ausdrucks (der ersten Art von Mängeln) angewendet werden, nicht zur Ausgleichung des Ausdrucks mit dem Gedanken.

Auch unter diesen Hülfsmitteln ist also wieder eine ähnliche Stufenfolge sichtbar, wie unter den Mängeln selbst. Das erste ist unbedenklich überall anzuwenden: das zweyte macht schon größere Vorsicht nöthig: das dritte endlich kann nur in den engsten Gränzen zugelassen werden.

§. 36.

Auslegung mangelhafter Gesetze. Fortsetzung.
(Unbestimmter Ausdruck.)

Die Unbestimmtheit des Ausdrucks, welche es unmöglich macht, durch ihn allein irgend einen vollendeten Gedanken zu erkennen, kann zunächst auf zweyerlei Weise gedacht werden: als Unvollständigkeit, oder als Vieldeutigkeit.

Die Unvollständigkeit des gesetzlichen Ausdrucks hat eine ähnliche Natur, wie wenn eine angefangene Rede unterbrochen wird, so daß für den vollständigen Gedanken

die Bezeichnung unvollendet geblieben ist. Dieser Fall tritt z. B. ein, wenn ein Gesetz zu einem Geschäfte Zeugen erfordert, ohne die Zahl derselben zu bestimmen (a).

Häufiger und wichtiger ist der Fall der Vieldeutigkeit, welcher wieder in verschiedenen Gestalten vorkommen kann: als Vieldeutigkeit des einzelnen Ausdrucks, oder der Construction.

Der einzelne Ausdruck kann einen individuellen Gegenstand betreffen, und dazu eine Bezeichnung gebrauchen, welche auf mehrere Individuen paßt: ein Fall, der in Rechtsgeschäften häufiger vorkommen wird als in Gesetzen (b). Er kann aber auch einen abstracten Begriff zum Gegenstand haben, und hier wieder kann die Zweydeutigkeit darin liegen, daß der gewählte Ausdruck ganz verschiedene Bedeutungen (c), oder daß er eine engere und eine weitere Bedeutung hat (d).

(a) So in Nov. 107. C. 1. — Eben so wenn eine Geldsumme bestimmt werden sollte, und entweder die Zahl oder die Geldart nicht ausgedrückt ist. Dieser Fall wird (nicht bey Gesetzen, sondern bey Testamenten) erwähnt in *L.* 21 § 1 *qui test.* (28. 1.).

(b) Beyspiele: *L.* 21 § 1 *qui test.* (28. 1.): der Sclave Stichus ist legirt, Titius als Legatar ernannt, da Mehrere diese Namen führen. *L.* 39 § 6 *de leg.* 1 (30 un.) Fundus Cornelianus ist legirt, da der Testator mehrere unter diesem Namen in seinem Vermögen hatte.

(c) So haben ganz verschiedene Bedeutungen die Ausdrücke familia, puer, potestas. *L.* 195. 204. 215 *de V. S.* (50. 16.). — Merkwürdige Anwendungen dieser Zweydeutigkeit finden sich in *L.* 5 *C. fin. reg.* (3. 39.) und *L.* 30 *C. de j. dot.* (5. 12.). In der ersten kann praescriptio heißen: Einrede, oder Vorschrift, nach Manchen auch Verjährung. In der zweyten können die Worte: si tamen extant heißen: wenn sie nicht vernichtet, oder auch: wenn sie nicht veräußert sind (extant apud maritum).

(d) Solche engere und weitere

Auch die Vieldeutigkeit der Construction kann den Sinn eines Gesetzes zweifelhaft machen, und obgleich dieselbe in Rechtsgeschäften häufiger vorkommt, als in Gesetzen, so ist sie doch in diesen nicht ohne Beyspiel (e).

So verschieden nun diese Gestalten des hier dargestellten Mangels seyn mögen, so haben sie doch das mit einander gemein, daß jede derselben uns hindert, irgend einen vollständigen Gedanken mit Sicherheit in dem so beschaffenen Gesetze zu erkennen. — Die Entstehung dieses Mangels kann gegründet seyn in einem unklaren Gedanken, oder in einer unvollkommenen Herrschaft über den Ausdruck, oder auch in beiden Umständen zugleich. Für den Ausleger ist diese Entstehung gleichgültig, denn für ihn ist das Bedürfniß der Abhülfe stets gleich dringend und unabweislich, da das Gesetz in dieser Gestalt zur Feststellung einer Rechtsregel untauglich ist. Die Erkenntniß dieses Bedürfnisses ist auch vollkommen gewiß, da sie

Bedeutungen kommen vor bey den Ausdrücken cognatio, pignus, hypotheca, adoptio (*L.* 1 § 1 *de adopt.* 1. 7.), familia (*L.* 195 *de V. S.* 50. 16.). — Eben so kann der Vertrag ne luminibus officiatur sowohl auf den gegenwärtigen Zustand allein, als auf den gegenwärtigen und künftigen zugleich gehen. *L.* 23 *pr. de S. P. U.* (8. 2.). — Die Auslegung nach der weiteren oder engeren Bedeutung nennt man gewöhnlich lata oder stricta: jede Auslegung zu Entfernung einer Zweydeutigkeit declarativa. Thibaut Pandekten § 48. 50. 53.

(e) Die Erklärung der schwierigen *L.* 2 *de div. temp. praescr.* (44. 3.) hängt lediglich davon ab, ob die Schlußworte mihi contra videtur mit der ganzen Stelle in Verbindung gedacht werden sollen, oder nur mit einem Theile derselben. — Beyspiele von vieldeutiger Construction in Rechtsgeschäften finden sich bey Mühlenbruch I. § 59 not. 1.

durch ein rein logisches Verfahren erlangt wird. Eben darum aber endigt sie mit der deutlichen Einsicht in die Natur des vorliegenden Zweifels, und schließt nicht zugleich dessen Auflösung in sich. Diese muß vielmehr anderwärts aufgesucht werden, und dazu dienen die bereits aufgestellten drey Klassen der Hülfsmittel (§ 35). Sie alle sind dazu anwendbar, und ihr verschiedener Werth kommt nur insoferne in Betracht, als eine Klasse vor der andern anzuwenden ist.

Zuerst also ist wo möglich die Unbestimmtheit aufzuheben durch den Zusammenhang der Gesetzgebung, und wo dieses Mittel ausreicht, wird jedes andere als weniger sicher, und zugleich als überflüssig, ausgeschlossen.

Zweytens ist zu diesem Zweck anzuwenden der Grund des Gesetzes, und zwar wo möglich der specielle, mit dem Inhalt des Gesetzes unmittelbar verwandte Grund (§ 35), wenn wir einen solchen nachzuweisen vermögen. Verläßt uns dieser, so ist auch schon ein allgemeinerer Grund zulässig. So z. B. wenn der Inhalt des Gesetzes nur überhaupt auf aequitas beruht, was bey dem regelmäßigen Recht (§ 16) der neueren Zeit durchaus angenommen werden muß, so ist unter zwey an sich möglichen Erklärungen diejenige vorzuziehen, welche durch diese aequitas gerechtfertigt wird (f).

(f) So ist zu verstehen *L.* 8. *C. de jud.* (3. 1.) vom J. 314: „Placuit, in omnibus rebus praecipuam esse justitiae aequitatisque [scriptae], quam stricti juris rationem." Das heißt: wenn bey einem zweydeutigen Gesetze die eine Erklärung dem

Drittens endlich kann die Unbestimmtheit aufgehoben werden durch die Vergleichung des innern Werthes desjenigen Inhalts, der durch die eine und die andre an sich mögliche Erklärung dem Gesetze zugeschrieben wird. So z. B. wenn die eine Erklärung auf einen leeren, zwecklosen Inhalt führt, die andere nicht (g). Eben so wenn das Resultat der einen Erklärung dem vorliegenden Zweck angemessener ist, als das der anderen (h). Endlich wenn

strengen Recht, die andere der aequitas entspricht, so soll diese letzte vorgehen (*praecipuam* esse rationem). Scheinbar widerspricht *L.* 1 *C. de leg.* (1. 14.) vom J. 316: „Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere." Die Annahme, daß L. 8 cit. älteres, L. 1 cit. neueres Recht darstelle, jene also durch diese antiquirt sey, ist höchst unwahrscheinlich, da beide in Constantin's Regierung fallen, und nur zwey Jahre aus einander liegen. Um den Widerspruch zu heben, hat man in L. 8 cit. die Leseart scriptae angenommen (eine durch Gesetz anerkannte aequitas), die zwar die alten Ausgaben von Chevallon (Paris. 1526. 8.) und von Haloander für sich hat, aber aus inneren Gründen ganz verwerflich ist. Donellus (I. 13) erklärt L. 8 von einer bloßen Einschränkung, L. 1 von gänzlicher Aufhebung des strengen Rechts durch aequitas: für diesen Unterschied ist aber in den Stellen selbst gar keine Andeutung. — Der Widerspruch wäre schon entfernt, wenn man nur die L. 1 cit. auf die Correction des Ausdrucks durch den Gedanken (§ 37) bezöge, die wegen der bloßen aequitas dem Richter nicht gestattet seyn soll. Allein ich glaube vielmehr, daß die Stelle gar nicht von Auslegung, sondern von Fortbildung des Rechts (§ 47) zu verstehen ist, wodurch denn jeder Widerspruch mit L. 8 cit. völlig verschwindet; der Ausdruck interpretationem steht dabey nicht im Wege.

(g) *L.* 19 *de leg.* (1. 3.) „In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret"...

(h) *L.* 67 *de R. J.* (50. 17.) „Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est." Eine Anwendung dieser Regel enthält *L.* 3 *de constit.* (1. 4.) „Beneficium Imperatoris, quod a di-

die eine Erklärung auf ein milderes, wohlwollenderes Ziel führt als die andere (i).

§. 37.

Auslegung mangelhafter Gesetze. Fortsetzung.
(Unrichtiger Ausdruck.)

Der zweyte denkbare Mangel eines Gesetzes besteht in der Unrichtigkeit des Ausdrucks, indem dieser zwar unmittelbar einen bestimmten und anwendbaren Gedanken bezeichnet, aber einen solchen, der von dem wirklichen Gedanken des Gesetzes verschieden ist. Bey diesem inneren Widerspruch der Elemente des Gesetzes entsteht die Frage, welchem derselben wir den Vorzug geben sollen. Da nun der Ausdruck bloßes Mittel ist, der Gedanke aber der Zweck, so ist es unbedenklich, daß der Gedanke vorgezogen, der Ausdruck also nach ihm berichtigt werden

vina scilicet ejus indulgentia proficiscitur, quam plenissime interpretari debemus."

(i) *L.* 192 § 1 *de R. J.* (50. 17.): „In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus justum est quam tutius." *L.* 56. 168 *pr. eod.* — *L.* 18 *de leg.* (1. 3.) „Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur." Die Schlußworte können heißen: weil das der allgemeine Wille der Gesetzgeber ist. Richtiger aber scheint mir diese Erklärung: insofern das nicht ihrem bestimmt ausgesprochenen Inhalt widerspricht (also quo für quatenus). — Einzelne Anwendungen dieser Regel: Bey zweydeutigen Strafgesetzen geht die mildere Strafe vor (*L.* 42 *de poenis* 48. 19.). Bey Testamenten ist durch Auslegung die Erbeinsetzung zu begünstigen, die Enterbung nicht zu begünstigen (*L.* 19 *de lib. et posth.* 28. 2.). — Diese Anwendungen zeigen, daß die Regel einen anderen Sinn hat, als die, welche der aequitas den Vorzug einräumt (Note f), womit man sie gewöhnlich, aber irrig, identificirt.

muß (a). Die Annahme dieser Regel macht keine Schwierigkeit, dagegen kann ihre Anwendung sehr schwierig seyn, indem Alles darauf ankommt, daß die hier vorausgesetzte Thatsache zur Gewißheit erhoben werde.

Die Fälle dieser Art bieten eine weit geringere Mannichfaltigkeit dar, als die des unbestimmten Ausdrucks (§ 36). Ihre Verschiedenheit bezieht sich nur auf das logische Verhältniß des Ausdrucks zum Gedanken, indem jener entweder weniger oder mehr enthalten kann als der Gedanke. Im ersten Fall geschieht die Berichtigung des Ausdrucks durch eine ausdehnende Auslegung, im zweyten durch eine einschränkende (b). Beide gehen lediglich darauf aus, den Ausdruck mit dem wirklichen Gedanken in Übereinstimmung zu bringen.

Diese Behandlung des unrichtigen Ausdrucks ist von der des unbestimmten in den wichtigsten Beziehungen verschieden. — Zum Grunde liegt die Voraussetzung, es sey vorhanden ein bestimmter Gedanke, in Verbindung mit einem unvollkommenen Ausdruck. Dieses Verhältniß können wir nicht, wie die Unbestimmtheit, auf logischem, sondern nur auf historischem Wege erkennen, weshalb die

(a) *L.* 17 *de leg.* (1.3.) „Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem." *L.* 6 § 1 *de V. S.* (50. 16). *L.* 13 § 2 *de excus.* (27. 1.). *L.* 19 *ad exhib.* (10. 4.).

(b) Die Neueren nennen es mit nichtrömischen Ausdrücken interpretatio extensiva, restrictiva, und setzen dann wohl beiden entgegen die declarativa, die weder ausdehnt noch einschränkt, indem sie sich gar nicht auf ein in dieser Art mangelhaftes Gesetz bezieht (§ 36 d).

Erkenntniß desselben schon an sich unsicherer, und zugleich verschiedener Grade der Gewißheit empfänglich ist. Diese Schwierigkeit aber wird noch erhöht durch den Umstand, daß uns das nächste und natürlichste Erkenntnißmittel für den Gedanken entzogen ist: denn dieses besteht eben in dem Ausdruck, und der Ausdruck ist es gerade, dem wir hier den Glauben versagen. — Ferner war bey der Unbestimmtheit das Bedürfniß einer künstlichen Abhülfe unabweislich, indem ohne sie gar Nichts vorhanden war, das wir als Gesetz hätten betrachten und anwenden können. Hier ist es anders, indem uns auch schon der unberichtigte Ausdruck einen verständlichen und anwendbaren Gedanken darbietet. — Endlich war bey der Unbestimmtheit die Erkenntniß des Mangels gänzlich verschieden von der Abhülfe, hier fallen beide zusammen. Denn wir erkennen die Unrichtigkeit des Ausdrucks nur durch dessen Vergleichung mit dem wahren Gedanken: ist aber dieser von uns erkannt, so ist damit auch zugleich die Abhülfe für jenen Mangel gefunden.

Es sollen nunmehr die drey oben angegebenen Hülfsmittel (§ 35) in ihrer Anwendbarkeit auf den hier dargestellten Mangel, der in dem unrichtigen Ausdruck besteht, einzeln geprüft werden.

Am unbedenklichsten erscheint auch hier wieder der innere Zusammenhang der Gesetzgebung als Mittel der Abhülfe. Ein Beyspiel findet sich bey dem Senatusconsult, welches die hereditatis petitio näher bestimmte. Nach

diesem sollte der redliche Besitzer, welcher Erbschaftssachen verkauft hatte, den erlangten Kaufpreis herausgeben (pretia quae *pervenissent*). Unter diesem Ausdruck war auch der Fall begriffen, da er denselben Kaufpreis wieder verloren hatte, denn er war doch einmal erlangt gewesen. Allein aus den nachfolgenden Worten desselben Senatusconsults wurde gefolgert, daß dieser Fall ausgenommen sey. Es wurde also der gebrauchte Ausdruck in der Art einschränkend erklärt, als wenn nicht von jedem erlangten, sondern nur von dem erlangten und nicht wieder verlorenen Kaufpreis die Rede gewesen wäre (c). — Ein anderes Beyspiel findet sich bey Strafgesetzen. Wenn ein solches am Schluß eine allgemeine Strafe für ein gewisses Verbrechen ausspricht, nachdem es vorher für einen einzelnen Fall desselben Verbrechens eine andere Strafe bestimmt hatte, so ist der allgemeine Schluß durch die Ausnahme dieses besonderen Falles einschränkend zu erklären (d).

Wichtiger, aber auch bedenklicher, ist die Anwendung des zweyten Hülfsmittels, welches darin besteht, daß der wirkliche Gedanke des Gesetzes aus seinem Grunde erkannt, und darnach der Ausdruck berichtigt wird. In dieser Beziehung nun ist vorzüglich wichtig die Unterscheidung der speciellen und generellen Gründe (§ 34).

Ein specieller Grund kann in der That zu dem angegebenen Zweck angewendet werden. Am unbedenklichsten

(c) *L.* 20 § 6. *L.* 23 *de her. pet.* (5. 3.).
(d) *L.* 41 *de poenis* (48. 19.).

geschieht dieses, wenn die buchstäbliche Auslegung des Ausdrucks auf einen Widerspruch mit dem anerkannten Grunde führen würde. Ist also z. B. ein Rechtssatz eingeführt zur Begünstigung gewisser Personen, so würde jede einzelne Anwendung zu ihrem Schaden mit dem Grunde im Widerspruch stehen, und dieses muß verhütet werden durch eine einschränkende Auslegung des zu allgemeinen Ausdrucks (e). Wenn daher ein durch Betrug veranlaßter Vertrag zufällig dem Betrogenen vortheilhaft ist, so bleibt er gültig, obgleich der Ausdruck des Edicts alle solche Verträge für ungültig erklärt (f). Wenn der Minderjährige ohne Curator Prozeß führt und gewinnt, so bleibt das Verfahren gültig (g). Eben so ist ein Vergleich über Alimente auch ohne Prätor gültig, wenn dadurch die Lage des Berechtigten unbedingt verbessert wird (h). — Häufiger aber, und zugleich schwieriger sind die Fälle, da wir den Ausdruck berichtigen, nicht gerade um einen Widerspruch mit dem Grunde zu verhüten, sondern nur um die wahre Gränze der Anwendung zu finden, also damit nicht die Anwendung auf eine unvollständige oder überflüssige Weise geschehe. Für diese Art der Berichtigung müssen wir besonders darin die Bestätigung suchen, daß wir die Veranlassung des ungenauen Aus-

(e) *L.* 25 *de leg.* (1. 3.). *L.* 6 *C. eod.* (1. 14.).

(f) *L.* 7 § 7 *de pactis* (2. 14.). *L.* 30 *C. de transact.* (2. 4.).

(g) *L.* 2 *C. qui legit. pers.* (3. 6.). *L.* 14 *C. de proc.* (2. 13.).

(h) *L.* 8 § 6 *de transact.* (2. 15.).

drucks auf wahrscheinliche Weise erklären: etwa indem ein concreter Ausdruck gebraucht ist, weil es an einem entsprechenden abstracten fehlte, oder wegen der größeren Anschaulichkeit, die jener mit sich führt. Dadurch allein kann der Zweifel sicher entfernt werden, ob in der That der Gedanke, der aus unsrer Auslegung hervorgeht, der wirkliche Gedanke des Gesetzgebers ist, oder ob er es nur hätte consequenterweise seyn sollen. In diesem letzten Falle aber würden wir durch unsre Auslegung nicht mehr den Ausdruck berichtigen, sondern den Gedanken selbst, und daß dieses nicht in der Befugniß des Auslegers enthalten ist, wird weiter unten gezeigt werden (§ 50). — Folgende Beyspiele werden das hier Gesagte anschaulich machen. Das Edict drohte die Infamie für den Fall, da eine Wittwe noch in der Trauerzeit wieder heirathen würde. Der Zweck war lediglich Verhütung aller Zweifel über die Paternität eines nachher gebornen Kindes. Hätte man dieses unmittelbar aussprechen und zugleich genau begränzen wollen, so wäre eine weitläufige, abstracte Bestimmung, und zugleich eine Entscheidung schwieriger Fragen (über die mögliche Dauer der Schwangerschaft) nöthig gewesen. Das wurde vermieden durch die völlig anschauliche Angabe der Trauerzeit, die auch für die allermeisten Fälle ganz zutreffend war, und zugleich jene schwierige Fragen durch weites Hinausgreifen beseitigte. Nun kamen aber Fälle vor, da die Wittwe bald nach des Mannes Tod ein Kind geboren hatte; dadurch

war jeder Zweifel über künftige Kinder unbedingt gehoben, und nun wurde die Ehe, vermittelst einer einschränkenden Auslegung des Edicts, zugelassen. Auf der andern Seite kamen Fälle vor, worin gar keine Trauer für den Verstorbenen, also auch keine Trauerzeit, statt fand; dennoch war die Ehe verboten, und das Edict wurde hier ausdehnend ausgelegt (i). — Die actio ad exhibendum hat jeder bey der Erhibition Interessirte (cujus interest), und wahrscheinlich stand dieses so in dem Edict. Dieser Ausdruck paßte auf Jeden, dem es Vortheil bringen konnte, eine Sache zu sehen. Allein der anerkannte Zweck ging dahin, Rechtsansprüche von der Hemmung zu befreyen, die ihnen aus den zufälligen und räumlichen Verhältnissen einer Sache entstehen konnte. Daher wurde jener Ausdruck durch Auslegung auf dasjenige Interesse eingeschränkt, welches mit einem Rechtsanspruch in Verbindung steht (k). — Die zwölf Tafeln forderten für die Usucapion zwey Jahre Besitz bey dem fundus, ein Jahr bey allen anderen Sachen. Wohin sollten nun Häuser gehören? Wörtlich waren sie freylich nicht unter dem Ausdruck fundus enthalten. Da aber die Usucapion alle Sachen überhaupt umfaßte, und da zu diesem Zweck alle Sachen in zwey große Massen abgetheilt werden sollten, so war ohne Zweifel die Meynung des Gesetzes, alle unbewegliche Sachen wegen ihrer völligen Gleichartigkeit

(i) *L.* 1 *L.* 11 § 1. 2. 3 *de his qui not.* (3. 2.).
(k) *L.* 19 *ad exhib.* (10. 4.).

zusammen zu stellen, und es wurde blos deswegen der concrete Ausdruck fundus gebraucht, weil es an einem entsprechenden abstracten Ausdruck fehlte. Daher wurde jenes Wort ausdehnend auf alle unbewegliche Sachen, also auch auf Häuser, bezogen, und diese Auslegung scheint auch niemals bestritten gewesen zu seyn (l). — In manchen Gesetzen freylich, welche von concreten Fällen handeln, wird ausdrücklich hinzugefügt, daß dieselben nicht als bloßer Ausdruck abstracterer Regeln angesehen werden sollen: durch eine solche Vorschrift ist diese Art ausdehnender Erklärung ausdrücklich ausgeschlossen (m). — Endlich gehört zu dieser Art ausdehnender Auslegung auch die Annahme eines indirecten Ausdrucks, welche man das argumentum a contrario nennt. Es kann nämlich eine Regel bis zu einer bestimmten Gränze dergestalt ausgesprochen seyn, daß darin der bestimmte Gedanke enthalten ist, jenseits dieser Gränze solle das Entgegengesetzte gelten. So z. B. wenn der Prätor eine Klage einführte mit dem gewöhnlichen Ausdruck: intra annum judicium dabo, so lag darin zugleich der Sinn: post annum non dabo, und die Beziehung des Ausdrucks hierauf ist eine unzweifelhafte ausdehnende Auslegung (n). So sagte die L. Julia

(l) Cicero, top. § 4.

(m) Beyspiele sind *L.* 10 *C. de revoc. don.* (8. 56.) und Nov. 115. *C.* 3 *pr.*

(n) *L.* 22 *de leg.* (1. 3.) „Cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat." Donellus (I. 14.) erklärt diese schwierige Stelle mit vieler Wahrscheinlichkeit von Fällen der hier beschriebenen Art, so daß das praeteritum und futurum nicht auf den Zeitpunkt des erlassenen Gesetzes zu beziehen ist (da ja

de vi, der für dieses Verbrechen angeordnete Prätor könne seine Gerichtsbarkeit übertragen „si proficiscatur"; darin lag der umgekehrte Satz, daß er es außerdem nicht könne (o). Eben so deutet jede gesetzliche Ausnahme auf das Daseyn einer Regel, ohne welche diese Ausnahme keinen Sinn hätte, ist also ein indirecter Ausdruck dieser Regel. Wenn also die L. Julia de adulteriis den criminell verurtheilten Frauen die Fähigkeit des gerichtlichen Zeugnisses entzog, so folgte daraus von selbst, daß anderen Frauen diese Fähigkeit zustand (p).

Dagegen kann der generelle Grund eines Gesetzes (z. B. die aequitas, worauf es beruht) nicht zu einer Auslegung führen, wodurch der Ausdruck als unrichtig angenommen und einer Berichtigung unterworfen werden soll. Denn diese Behandlung trägt schon ganz den Character einer von der Auslegung verschiedenen Fortbildung des Rechts an sich, da wir nicht fragen, was in dem Gedanken des Gesetzes enthalten ist, sondern was in denselben consequenterweise hätte aufgenommen werden müssen, wenn sich der Gesetzgeber dieses klar gemacht hätte. Es kommt aber noch hinzu die bey dieser letzten Behauptung stets zurück bleibende Ungewißheit, indem bey der Entfernung

dieses nicht wohl über schon vergangene Handlungen verfügen kann), sondern auf den in der Zukunft liegenden Zeitpunkt, hier also auf den Ablauf des Jahres nach entstandenem Klagrecht. Vor diesem Ablauf soll die Klage erlaubt seyn (in praeteritum indulget), also nachher verboten (in futurum vetat).

(o) *L.* 1 *pr. de off. ejus cui mand.* (1. 21.).

(p) *L.* 18 *de testibus* (22. 5.).

des Gesetzes von diesem seinem generellen Grunde viele entgegenwirkende Mittelglieder gedacht werden können, durch die der Gesetzgeber selbst bey deutlicher Einsicht in das ganze Verhältniß, dennoch abgehalten werden mochte, dem Gesetze die von uns verlangte Modification zu geben (§ 34). Wenn wir nicht selten Auslegungen dieser Art bey den Römischen Juristen finden, so können uns diese hierin nicht als Muster dienen, da die Römer, wie sich unten zeigen wird, Auslegung und Fortbildung nicht scharf unterschieden haben (q). Dahin gehört unter andern auch die Regel, daß in jedes blos verbietende Gesetz stets die Nichtigkeit des darin verbotenen Rechtsgeschäfts hinein gedacht werden müsse (r). Wollten wir dieses als eine für unsre Auslegung gültige Regel betrachten, so würde es mit der eben aufgestellten Behauptung im Widerspruch stehen, da hier dem Ausdruck des bloßen Verbots, aus dem generellen Grunde der Zweckmäßigkeit und Wirksamkeit, eine große Ausdehnung beygelegt würde. Es ist aber in der That jene Vorschrift ein ganz positives Gesetz, und, in Verbindung gedacht mit anderen, ein bloßes Verbot aussprechenden Stellen unsrer Rechtsbücher, eine authentische Auslegung dieser Stellen selbst: also nicht Anweisung und Muster für unsere eigene Auslegung.

(q) Beyspiele dieser Art finde ich in folgenden Stellen: *L.* 40 *pr. de her. pet.* (5. 3.), *L.* 2 § 1. 3 *ad Sc. Vell.* (16. 1.), *L.* 1 § 6 *de aedil. ed.* (21. 1.), *L.* 15. *L.* 6 § 2 *de j. patr.* (37. 14.), *L.* 2 *pr.* § 1 *de cust.* (48. 3.). — Vgl. unten § 47 und § 50 am Ende.

(r) *L.* 5 *C. de leg.* (1. 14.).

Ist nun also der specielle Gesetzgrund zur Berichtigung des Ausdrucks zulässig, der generelle unzulässig, so muß zugleich daran erinnert werden, daß es zwischen diesen beiden Arten von Gründen keine scharfe Gränze giebt (§ 34). Durch die mancherley allmäligen Übergänge, die sich hierin bilden, wird oft die Möglichkeit wahrer Auslegung zweifelhaft, und die Unterscheidung derselben von Fortbildung des Rechts schwierig werden.

Dagegen ist es durchaus keinem Zweifel unterworfen, daß das dritte oben angegebene Hülfsmittel, der innere Werth des Resultats (§ 35), auf die Erkenntniß und Verbesserung des unrichtigen Ausdrucks niemals angewendet werden darf. Denn es ist einleuchtend, daß darin nicht eine Ausgleichung des Ausdrucks mit dem Gedanken, sondern eine versuchte Verbesserung des Gedankens selbst, enthalten seyn würde. Dieses kann als Fortbildung des Rechts heilsam seyn, von einer Auslegung kann es nur den Namen an sich tragen.

§. 38.

Auslegung der Justinianischen Gesetze (Kritik).

Die aufgestellten allgemeinen Grundsätze der Auslegung sollen nunmehr auf die Justinianische Gesetzgebung insbesondere angewendet werden, deren Auslegung wieder neue Schwierigkeiten mit sich führt, und neue Regeln des Verfahrens nöthig macht. Dabey wird hier die geschichtliche Kenntniß dieser Gesetzgebung vollständig

vorausgesetzt, so daß nur von der Anwendung dieser Kenntniß auf das Geschäft der Auslegung die Rede seyn wird (a).

Die ganz eigenthümliche Lage des Auslegers gründet sich hier auf die große Entfernung zwischen ihm und der Entstehung der auszulegenden Gesetze. Diese giebt dem Studium des Römischen Rechts einen vorzugsweise gelehrten Character. Wir entbehren darin alle Vortheile der Anschaulichkeit und unmittelbaren Gewißheit, die aus dem Mitleben mit dem Volke, worin ein Recht entstand, hervorgehen können, und wir müssen suchen diese Vortheile durch geistige Anstrengung so viel als möglich zu ersetzen. Dadurch erhält insbesondere die Auslegung noch ein anderes Ziel, als das der Erwerbung eines reinen Resultates an sicheren Rechtsregeln. Wir müssen suchen, die überlieferten Rechtsquellen in ihrer ganzen Eigenthümlichkeit so vollständig in uns aufzunehmen, daß sie uns die Stelle des Mitlebens vertreten. So schwierig diese Aufgabe an sich ist, so wird sie doch durch die hohe literarische Vortrefflichkeit erleichtert, die wir in den wichtigsten Theilen jener Rechtsquellen wahrnehmen.

Die Grundlage aller Auslegung ist ein auszulegender Text, und die Feststellung dieses Textes heißt Kritik. Diese geht also der Auslegung vorher, jedoch darf dieses

(a) Ganz absichtlich also wird hier nicht gesprochen von der Entstehung der Justinianischen Rechtsquellen, von ihren Bestandtheilen, von ihrer Sprache, und den Hülfsmitteln, die wir dabey benutzen, von den Handschriften und Ausgaben des Textes.

Vorhergehen nur von dem Verfahren im Ganzen verstanden werden, nicht von jeder einzelnen Anwendung: denn im Einzelnen wird oft das Geschäft der Kritik nur gemeinschaftlich mit dem der Auslegung vollzogen werden können. — Die Kritik kommt vor in zwey Stufen: als diplomatische (oder niedere), und als höhere Kritik. Die Aufgabe der ersten geht darauf, das Material sicher und vollständig herbeyzuschaffen, die der zweyten auf die Bestimmung des wahren Textes aus dem gegebenen Material.

An sich ist das Geschäft der Kritik ein eben so allgemeines, als das der Auslegung, und keinesweges auf das Römische Recht beschränkt. Da es jedoch hier größere Wichtigkeit und Schwierigkeit als bey anderen Gesetzgebungen hat, so habe ich es vorgezogen, erst an dieser Stelle davon zu reden, wo es im vollständigen Zusammenhang, und ohne lästige Wiederholungen, dargestellt werden kann.

In Beziehung auf Kritik ist zuerst der einfachste Fall zu erwägen, da uns der Gesetzgeber den Text des Gesetzes in einer solchen Gestalt unmittelbar übergiebt, welcher er selbst öffentlichen Glauben beylegt. In diesem Fall, der durch die Erfindung der Buchdruckerkunst nicht nur möglich, sondern auch sehr gewöhnlich geworden ist, fällt die diplomatische Kritik von selbst weg; es scheint aber, daß auch die höhere Kritik, wenn sie etwa einen Druckfehler behaupten wollte, als Auflehnung gegen den

Willen des Gesetzgebers abgewehrt werden müßte. Allein es ist oben gezeigt worden, daß selbst der wirkliche Ausdruck des Gesetzes aus dem Gedanken desselben durch Auslegung berichtigt werden darf (§ 37), welches Verfahren auf dem Vorzug des Geistes vor dem Buchstaben beruht. Nun ist aber der gedruckte Text, im Verhältniß zu dem wirklichen Ausdruck, doch nur als der Buchstab des Buchstabs anzusehen, so daß er tiefer steht als jener; daher wird auch er einer gleichen Berichtigung sich nicht entziehen können. Freylich aber wird dieser Fall sehr selten vorkommen, und er hat daher in der allgemeinen Betrachtung der Kritik geringe Erheblichkeit (b).

Allein der hier beschriebene Fall ist auch keinesweges der, in welchem wir uns befinden im Verhältniß zu den Quellen des Justinianischen Rechts. Daß wir keinen gesetzlich überlieferten Text haben, giebt wohl Jeder zu.

(b) Ein merkwürdiges Beyspiel aus neuerer Zeit ist folgendes. Das Königlich Westphälische Dekret vom 18. Jan. 1813 Art. 3, legte dem Zehentherrn eines Gutes den zehenten Theil der Grundsteuer auf „wenn der Zehentherr den zehnten Theil des reinen Ertrages bezieht:" außer diesem Fall, nach Verhältniß, mehr oder weniger als ein Zehentheil (Bülletin N. 3 von 1813. S. 45). In einem späteren Stück des Gesetzbülletins aber steht: „Bülletin Nr. 3... des reinen Ertrags, lies: des rohen Ertrags." Diese Berichtigung, die gleichzeitig im Moniteur vom 3. Febr. stand, war jedoch ohne Unterschrift oder andere Beglaubigung, und stand überdem im Widerspruch mit der schriftlichen Originalurkunde. Das praktische Resultat beider Leseарten ist höchst verschieden, und es fragte sich nun, welche vorgehen sollte. Nach der ersten Leseart war das Gesetz in consequentem Zusammenhang mit den allgemeinen Steuergrundsätzen, aber sehr schwer auszuführen: nach der zweyten Leseart verhielt sich Beides gerade umgekehrt.

Wäre in Bologna das kritische Streben der Glossatoren zu einem abgeschlossenen Ziel gekommen, so würde die Reception dieser Vulgata die Stelle eines gesetzlichen Textes vertreten, obgleich auch dadurch, wie so eben gezeigt worden ist, das Geschäft der höheren Kritik nicht ausgeschlossen wäre. Allein eine fertige Vulgata in diesem Sinn hat nie bestanden, und eine Reception derselben war also unmöglich (§ 17). Wir haben folglich Nichts vor uns als eine bedeutende Anzahl Handschriften, die an Alter und Werth sehr verschieden sind. Selbst die gänzliche Übereinstimmung derselben in einer Leseart kann der gesetzlichen Mittheilung nur durch eine Art von Fiction gleichgestellt werden. In Wahrheit entsteht aus einer solchen Übereinstimmung doch nur ein höherer Grad von Wahrscheinlichkeit daß wir den ursprünglichen Text vor uns haben, keine Gewißheit. Neuere Schriftsteller haben befürchtet, es würde um alle Sicherheit der Praxis geschehen seyn, wenn man die Kritik walten ließe, und sie haben daher dieselbe entweder gänzlich verworfen, oder doch in willkührliche enge Gränzen eingeschlossen (c). Diese Ängstlichkeit will einen gegebenen Text gegen die Gefahr willkührlicher Abweichungen bewahren. Sie ist aber dadurch nichtig, daß das Gegebene, welches sie

(c) Thibaut verwarf den praktischen Gebrauch der Kritik gänzlich (Versuche Bd. 1 Num. 16), gab aber späterhin diese Meynung auf (Logische Auslegung § 44). — Feuerbach will die freye Conjecturalkritik nur zulassen, um Unsinn oder Widerspruch auszurotten (civilistische Versuche Th. 1 Num. 3). Eben so Glück I. § 35 Num. 5.

bewachen will, gar nicht existirt. Sieht man zu, was sie sich als ein solches denken, so entdeckt man eben so verschiedene als unklare Vorstellungen. Die Vulgata, oder Bolognesische Recension, könnte dafür gelten, wenn sie zu Stande gekommen wäre. Die Übereinstimmung aller erhaltenen Handschriften giebt wieder einen bestimmten Begriff, wenngleich kein Recht zu Abweisung der Kritik: allein diese meynen sie auch nicht. Denn theils war bis jetzt in Fällen streitiger Kritik fast niemals auch nur ein Anfang dazu gemacht worden, jene Übereinstimmung zu erfahren, theils beruhte der Kampf gegen die Kritik hauptsächlich auf der Furcht, die in Gerichten hergebrachten Meynungen könnten durch tiefer gehende Untersuchung gestört werden, wobey ja gerade die Vergleichung von Handschriften besonders gefährlich war. Giebt man aber diese Bestimmungen des gegebenen Textes (welcher unantastbar seyn soll) auf, so bleibt fast Nichts übrig, als denjenigen Text dafür zu nehmen, der den Meisten vor Augen liegt, weil er gerade in den verbreitetsten Ausgaben steht, wofür vielleicht die Gothofredischen gelten dürften (d). Allein ein so schwankender und so willkührlich angenommener Begriff darf doch gewiß nicht auf ernsthafte Rücksicht Anspruch machen.

(d) Die meisten Widersacher der Kritik denken dergleichen, ohne es sich klar zu machen oder auszusprechen. Deutlich ausgesprochen, unter vielem Verworrenen, ist es bey Dabelow Handbuch des Pandectenrechts Th. 1 S. 204 (Halle 1816), der aber gerade keinen Gebrauch davon macht, sondern der Kritik große Freyheit einräumt.

§. 39.

Auslegung der Justinianischen Gesetze. (Kritik.) Fortsetzung.

Ist nun durch diese Gründe das Recht der Kritik geltend gemacht, so müssen ferner die Regeln ihres Verfahrens aufgestellt werden. — Die diplomatische Kritik hat das handschriftliche Material zu sammeln, und, durch Prüfung der Handschriften nach ihrem Alter und Werth, äußerlich zu ordnen. Sie hat ferner den recipirten Canon durch Ausscheidung aller fremdartigen Theile (§ 17) rein zu erhalten, die demselben, nach der Einrichtung der meisten neueren Ausgaben, aus Versehen leicht zugezählt werden können (a). — Das Geschäft der höheren Kritik zerfällt in zwey Theile: Verarbeitung des durch die diplomatische Kritik überlieferten handschriftlichen Vorraths, und Verbesserung desselben. Sie hat also zunächst, dem ersten Theile nach, durch freye Auswahl aus dem handschriftlichen Vorrath einen Text zu bilden. Allerdings

(a) Noch schlimmer, als die irrige Anwendung des nicht glossirten aber ächten Textes, ist es freylich, wenn hie und da die seit dem vierzehnten Jahrhundert verfaßten und später in die Ausgaben aufgenommenen Summarien als Bestandtheile des Römischen Rechts angesehen worden sind, welcher starke Misgriff jedoch leicht zu erklären ist. Denn die Glosse und die neueren Anmerkungen stehen stets am Rande der Ausgaben, diese Summarien aber als Überschriften mitten im Text, daher sie der Unkundige leicht für Text halten kann. Vgl. hierüber Savigny Beruf unsrer Zeit S. 62, und: Geschichte des R. R. im Mittelalter B. 6 S. 162.

muß sie diejenige Wahrscheinlichkeit mit in Anschlag bringen, die aus der Zahl und dem Werth der Handschriften für eine unter mehreren Lesearten hervorgehen kann. Aber frey bleibt sie darum dennoch in der Auswahl, ohne durch die Rücksicht auf irgend eine Klasse von Handschriften (z. B. die Vulgata) gebunden zu seyn: ja diese Freyheit ist sogar in sehr wichtigen Anwendungen stets allgemein anerkannt worden, selbst von Solchen, die sich in der allgemeinen Theorie entschieden gegen den Gebrauch der Kritik aussprachen. Es giebt nämlich in den Digesten eine ansehnliche Zahl von Stellen, worin der Florentinische Text durch Lücken sinnlos ist, andere Handschriften aber einen vollständigen Text von unzweifelhafter Ächtheit darbieten: eben so giebt es viele Stellen, worin der umgekehrte Fall eintritt (b). Nun weiß ich auch keinen einzigen Schriftsteller, der in seinem kritischen Rigorismus so weit gienge, diese zwiefachen Verbesserungen abzuweisen: und doch hat die Meynung, welche etwa dem Bolognesischen Text die ausschließende Herrschaft zuschreiben möchte, unter allen oben dargestellten willkührlichen Beschränkungen noch am meisten historischen Schein für sich.

(b) Savigny Geschichte des R. R. im Mittelalter B. 3 § 167. 171. Allerdings könnte man sagen, die hier angeführten Ergänzungen aus der Florentina seyen ja schon selbst Bestandtheile der Vulgata geworden. Allein die Bologneser haben uns nicht wenige ganz ähnliche Verbesserungen zu machen übrig gelassen, die erst in späterer Zeit aus der Florentina hinzugefügt worden sind, und woran dennoch niemals Anstoß genommen worden ist.

In unsren gangbaren Ausgaben freylich merken wir jene zwiefache Noth gar nicht, indem darin überall die erwähnten Verbesserungen schon aufgenommen sind. Und in dieser Anwendung wird es recht anschaulich, daß in der Anerkennung eines bestimmten Textes zu keiner Zeit eine ähnliche allgemeine Meynung fest geworden ist, wie es von so vielen und wichtigen praktischen Rechtssätzen nicht geläugnet werden kann (§ 20). — Zu diesem ersten Theile des Geschäfts der höheren Kritik gehört endlich auch noch die Interpunktion, durch welche die logische Gliederung einer Stelle bestimmt wird, und die daher ihrer innern Natur nach als Auslegung angesehen werden könnte, obgleich sie in ihrer Form mit dem Geschäft des Kritikers zusammenfällt. Merkwürdigerweise haben Manche auch schon die Veränderung der gewöhnlichen Interpunktion als eine Art von Emendation angesehen (c). Allein die Vorstellung von einer gewöhnlichen Interpunktion ist, eben so wie die von einem gewöhnlichen Text überhaupt, eine ganz leere und nichtige. In der That liefern uns die Handschriften fast Nichts als ununterbrochene Reihen von Buchstaben: wie wir diese in Worte sondern, und diese Worte zu Sätzen gliedern wollen, das ist ganz unsrer Einsicht überlassen. Die geringen und unsicheren Anfänge von Interpunktion in einigen Handschriften können gar nicht in Betracht kommen.

Es bleibt nun noch übrig, den zweyten Theil des Ge-

(c) Feuerbach a. a. O., S. 93.

schäfts der höheren Kritik zu betrachten, der in der Verbesserung des handschriftlichen Textes, also in der Emendation durch Conjecturen (d) besteht. Diese Conjecturalkritik ist es eigentlich, welche eine so große Aufregung gegen die kritische Behandlung unsrer Quellentexte überhaupt hervorgebracht hat. Auch ist nicht zu läugnen, daß dieselbe seit dem sechszehnten Jahrhundert von Manchen, besonders Franzosen und Holländern, auf eine willkührliche, ja leichtsinnige Weise geübt worden ist. Diesem Misbrauch das Wort zu reden, ist gewiß nicht meine Absicht, aber das wichtige, ja unentbehrliche Recht auf ihren richtigen Gebrauch dürfen wir darum weder aufgeben, noch durch willkührliche Bedingungen einschränken lassen (e).

Die beiden hier angegebenen Anwendungen der höheren Kritik, zur Auswahl unter handschriftlichen Texten, und zu deren Berichtigung, haben unverkennbare Ähnlichkeit mit den beiden Auslegungsarten mangelhafter Gesetze, im Fall des unbestimmten und des unrichtigen Ausdrucks (§ 35—37). Fragen wir also auch hier nach den Er-

(d) Emendation ist ganz relativ, und bezieht sich stets auf irgend einen, willkührlich vorausgesetzten, Text, der gerade jetzt verbessert werden soll. Daher kann auch schon die bloße Berichtigung von Druckfehlern als eine solche gelten; doch beschränkt man gewöhnlich den Ausdruck auf die Verbesserungen von wissenschaftlichem Character, d. h. auf solche, die den Text bestimmter Handschriften, oder der auf Handschriften gebauten Ausgaben, zum Gegenstand haben.

(e) Eine solche unzulässige Einschränkung ist es, wenn man Conjecturen nur als letztes Mittel gegen Sinnlosigkeit des Textes oder innern Widerspruch der Gesetzgebung zulassen will, s. o. § 38 Note c.

kenntnißmitteln für den wahren Text, den wir festzustellen haben, so finden wir, als das erste und wichtigste Mittel, die aus dem Zusammenhang einer Stelle selbst hervorgehende innere Nothwendigkeit. Diese aber darf nicht nach allgemeinen Begriffen angenommen werden, sondern nach dem besonderen literarischen Character der Stelle, worauf sich die Kritik eben bezieht, oder der Klasse von Stellen, wozu diese einzelne gehört. Daher ist denn bey dieser Art der Kritik mit Regeln wenig auszurichten: die Hauptsache beruht auf einem durch anhaltendes Quellenstudium ausgebildeten kritischen Blick, und auf einem behutsamen, sich selbst mistrauenden Wahrheitssinn. — Ein ähnliches Mittel besteht in der Vergleichung der zweifelhaften Gesetzstelle mit anderen Stellen; diese Vergleichung kann jedoch der Verbesserung nur in dem Maaße Sicherheit geben, in welchem zwischen beiden Stellen eine nähere Verwandtschaft obwaltet. — Die auf diese Weise begründete Verbesserung aber kann noch eine mehr äußere Bekräftigung dadurch erhalten, wenn es uns gelingt auf eine wahrscheinliche Weise zu erklären, wie der Text, den wir für den unrichtigen erklären, aus dem wahren Texte bey den Abschreibern entstanden ist. Dieses kann geschehen erstens durch die Analogie. Es giebt nämlich gewisse Fehler, die sehr häufig und gleichförmig wiederkehren, und deren Voraussetzung daher von selbst eine gewisse Wahrscheinlichkeit mit sich führt. Dahin gehört die häufige Verwechslung bestimmter Buchstaben unter

einander: ferner die Auslassung eines Buchstabs, wenn derselbe Buchstab unmittelbar vorhergieng, wobey wir also den ausgefallenen wiederherstellen wollen (Gemination): endlich das Überspringen oder Versetzen ganzer Zeilen in der dem Abschreiber vorliegenden Urhandschrift, welche Annahme freylich schon weit bedenklicher ist. — Die wahrscheinliche Erklärung der Entstehung des irrigen Textes kann zweytens geschehen dadurch, daß eine von mehreren Lesearten schwerer als andere zu verstehen ist, so daß die Abschreiber den wahren Text verwarfen, blos weil sie ihn nicht verstanden. — Sie kann endlich auch geschehen dadurch, daß zu der Zeit, worin die Abschriften entstanden, das Recht selbst sich verändert hatte, so daß das damals geltende Recht in die Abschriften hinein corrigirt wurde (f). — Dagegen ist zu verwerfen diejenige Erklärung des Fehlers, welche auf der Voraussetzung von Siglen in den Urhandschriften beruht, die dann von den Abschreibern unrichtig aufgelöst seyn möchten. Denn da Justinian den Gebrauch der Siglen bey den Abschriften

(f) Dahin gehört § 4 *J. de nupt.* (1. 10): „Duorum autem fratrum vel sororum liberi, vel fratris et sororis, jungi *non* possunt." Viele Handschriften haben das non, viele andere haben es nicht. Die an sich unbedenkliche Verwerfung des non wird nun dadurch bestärkt, daß zur Zeit der Entstehung unsrer Handschriften gewiß jeder Abschreiber wußte, daß die Ehe unter Geschwisterkindern (durch das canonische Recht) verboten sey. Solche Fälle sind nun freylich selten. Dagegen liegt es viel näher und scheint viel fruchtbarer, die vorjustinianische Rechtsgeschichte zur Emendation zu benutzen; aber gerade diese Benutzung ist meist ganz unzulässig, wie weiter unten gezeigt werden wird.

seiner Gesetze unbedingt verboten hat (g), so können sich gewiß nur wenige aus Versehen eingeschlichen haben, und diese können nicht hinreichen, um irgend eine Wahrscheinlichkeit in einzelnen Fällen zu begründen.

§. 40.

Auslegung der Justinianischen Gesetze. Fortsetzung. (Einzelne Stellen für sich)

Bey der Auslegung selbst beziehen sich die der Justinianischen Gesetzgebung eigenthümlichen Regeln nur auf die zwey größten und wichtigsten Theile derselben, die Digesten und den Codex. Jedes dieser beiden Rechtsbücher bildet ein großes Ganze, zusammengesetzt aus einer Menge von historisch verschiedenen und erkennbaren einzelnen Bestandtheilen. Wie diese Bestandtheile einzeln für sich, und wie sie im Verhältniß zu dem Ganzen, dem sie angehören, zu behandeln sind, soll nunmehr angegeben werden.

Zur Auslegung der einzelnen Stellen für sich sind zuvörderst alle historische Charactere derselben zu benutzen, also Alles, was wir aus den Überschriften und Unterschriften über Zeitalter, Verfasser, Veranlassung der Stellen wissen, so wie über das völlig verschiedene Ganze, dem sie vielleicht ursprünglich angehört haben mögen (a). Dann

(g) Const. *Omnem* § 8. *L.* 1 § 13 *C. de vet j. enucl.* (1.17). *L.* 2 § 22 *eod.* Const. *Cordi* § 5.

(a) Dieses Letzte gilt hauptsächlich von den Digesten, worin jede Stelle als ursprünglicher Theil eines juristischen Buchs betrachtet werden muß. Hie und

aber ist uns zu dieser Auslegung das reichste Material gegeben durch die Vergleichung, nicht nur mit allen anderen Stellen der Justinianischen Gesetzgebung, sondern auch mit den gesammten früheren und späteren Rechtsquellen; denn durch die oben festgestellten Gränzen des aufgenommenen Canons (§ 17) kann uns der wissenschaftliche Gebrauch jenes reichen Schatzes auf keine Weise beschränkt werden.

Ferner ist in dieser Beziehung wichtig die große Verschiedenheit jener Bestandtheile, nach welcher wir zwey Klassen derselben annehmen können. Die erste und zahlreichste Klasse umfaßt die ganzen Digesten, und im Codex die Rescripte. Diese sind, ihrer Hauptbestimmung nach, Zeugnisse für das damals bestehende Recht, sie haben insoferne einen wissenschaftlichen Character, und das systematische Element der Auslegung ist in ihnen vorherrschend (§ 33). Jedoch muß hier gegen einen zweyfachen Misbrauch gewarnt werden, der von der Anerkennung dieses Characters gemacht werden könnte. Zuerst nämlich haben sich die Rescripte keinesweges strenge in diesen Gränzen gehalten, vielmehr ist in einem nicht unbedeutenden Umfang auch die Fortbildung des Rechts durch sie bewirkt worden (§ 24); ja auch den wissenschaftlichen Arbeiten

da ist es aber auch auf Stellen des Codex anzuwenden, wenn mehrere derselben ursprünglich nur Eine Constitution gebildet haben (Coassation). Dieser Fall kommt häufiger im Theodosischen Codex vor, doch ist er auch dem Justinianischen nicht fremd. Als Beyspiel kann dienen *L.* 5 *C. de act. emti* (4. 49.) verbunden mit *L.* 3 *C. in quib. causis* (2. 41).

der alten Juristen ist diese Fortbildung, wenngleich in geringerem Maaße als bey den Rescripten, nicht fremd (§ 14. 19.), welches noch deutlicher bey der Characteristik ihrer Weise der Auslegung hervortreten wird. Zweytens wäre es ganz irrig, wenn man die oben dargestellten allgemeinen Grundsätze der Gesetzauslegung auf die Rescripte im Codex, und auf die gesammten Digesten, darum weniger anwenden wollte, weil diese Stücke der Quellen ursprünglich keine Gesetze waren; denn jene Grundsätze sind ihrem innern Wesen nach auf jede andere Form juristischer Gedankenbildung eben so anwendbar, als auf Gesetze, obgleich die Entwicklung derselben zunächst um der Gesetze willen nothwendig war. Auch habe ich deshalb bisher die erläuternden Beyspiele der Auslegung ohne Rücksicht darauf gewählt, ob die auszulegenden Stellen ursprünglich die Natur von Gesetzen an sich trugen oder nicht. — Die zweyte Klasse von Bestandtheilen der großen Rechtsbücher ist die der ursprünglichen Gesetze, wohin also nur die Edicte im Codex gehören. Bey diesen ist das historische Element der Auslegung (§ 33) eben so vorherrschend, wie es dort das systematische war (b). Eine ganz gleiche Natur aber haben auch die Novellen, welche überhaupt nicht Bestandtheile eines größeren Ganzen, sondern nur einzeln stehende Gesetze sind.

(b) So z. B. ist bey der Auslegung der L. un. C. de nudo j. quir. toll. (7. 25.) die Hauptfrage diese: welches Recht galt hierin im Anfang der Regierung Justinians, und was wurde also durch jenes Gesetz wahrhaft geändert?

§. 41.

Auslegung der Justinianischen Gesetze. Fortsetzung. (Einzelne Stellen im Verhältniß zur Compilation.)

Es ist nun ferner zu bestimmen, was für die Auslegung einzelner Stellen folgt aus ihrem Verhältniß zu der Compilation, welcher sie als einem Ganzen angehören.

Zunächst bekommt durch dieses Verhältniß eine ganz neue Bedeutung und Wichtigkeit dasjenige Hülfsmittel der Auslegung mangelhafter Gesetze, welches in dem Zusammenhang dieses Gesetzes mit sich selbst besteht (§ 35). Denn indem jetzt die ganzen Digesten als Ein großes Gesetz von Justinian zu betrachten sind, und eben so der ganze Coder, so bekommt dadurch jenes Hülfsmittel eine ungemein große und wohlbegründete Ausdehnung (a).

Ferner entsteht ein neues Mittel der Auslegung dadurch, daß eine einzelne Stelle gerade in diesen bestimmten Titel eingerückt ist. Denn da jeder Titel der Digesten und des Coder durch das besondere Rechtsinstitut, worauf er sich bezieht, von allen übrigen Titeln unterschieden ist, so läßt sich aus diesem eigenthümlichen Gegenstand desselben auf den zweifelhaften Sinn einer ein-

(a) Die Vergleichung zweyer Stellen in den Digesten kann zu ganz verschiedenen Zwecken angestellt werden. Erstlich um dem unbestimmten oder unrichtigen Ausdruck der einen durch die andere abzuhelfen: davon ist hier die Rede. Zweytens um einen Widerspruch zwischen beiden Stellen wegzuräumen: davon kann erst weiter unten gehandelt werden.

zelnen darin enthaltenen Stelle ein wohlbegründeter Schluß ziehen. Nur darf dabey nicht übersehen werden, daß manche Stellen aus Versehen, und nur nach dem äußeren Schein einer Verwandtschaft, in einen ganz unpassenden Titel eingerückt worden sind, in welchem Fall jene Auslegungsregel gar nicht gelten darf (b). Aber auch in den gewöhnlichen Fällen würde man jener Regel eine übertriebene Ausdehnung geben, wenn man jede Stelle auf den besonderen Gegenstand ihres Titels beschränken wollte, da sie neben demselben, auch ohne Versehen der Compilatoren, noch ganz Anderes, ja viel Wichtigeres, wirklich enthalten kann. — Ein ähnliches Mittel der Auslegung könnte man versucht seyn, in der Ordnung zu suchen, worin die einzelnen Stellen eines Titels gegen einander stehen, wenn diese Ordnung durch ihren Inhalt bestimmt würde. Allein im Coder stehen die Stellen jedes Titels augenscheinlich in chronologischer Ordnung. In den Digesten herrscht zwar nicht die chronologische, wohl aber in der Regel gleichfalls eine ganz äußerliche Ordnung, wodurch jener Gebrauch zur Auslegung eben so ausgeschlossen wird. Nur ausnahmsweise wird der Ort, den eine Stelle in dem Titel einnimmt, durch den Inhalt

(b) Man nennt das leges fugitivae. Ein Beyspiel giebt *L.* 6 *de transact.* (2. 15.), die blos zufällig und irrig, wegen des darin vorkommenden Wortes transigi, in den Titel de transactionibus gekommen ist, da sie gar keine die Transactionen betreffende Regel enthält, wie die Vergleichung mit *L.* 1 § 1 *testam. quemadm. aper.* (29. 3.) deutlich zeigt.

bestimmt, und dann kann derselbe auch zur Auslegung benutzt werden (c).

Endlich aber sind ganz besonders wichtig die Änderungen, die an unzähligen Stellen bey ihrer Aufnahme in die Compilationen vorgenommen worden sind. Und zwar sind diese Änderungen von dreyerley Art.

Die erste und unmittelbarste Art besteht darin, wenn manche Stellen, bey der Aufnahme in die Compilationen, theilweise umgeschrieben worden sind, welches Verfahren eine Interpolation oder Emblema Triboniani genannt zu werden pflegt. Manche dieser Interpolationen lassen sich mit großer Sicherheit nachweisen (d), eine weit größere Zahl kann nur mit einiger Wahrscheinlichkeit behauptet werden, oder bleibt uns auch gänzlich verborgen. Die Erlaubniß zu solchen Interpolationen, ja die Anweisung dazu, hat Justinian den Verfassern der Compilationen ausdrücklich gegeben, und der sehr natürliche Zweck lag darin, daß ältere Stellen, wenn darin einzelne Ausdrücke zu dem gegenwärtigen Recht nicht mehr paßten, durch

(c) Bluhme Ordnung der Fragmente in den Pandectentiteln, Zeitschrift f. geschichtl. Rwiss. B. 4. S. 290. 366. 411.

(d) So z. B. dauerte die Usucapion der Grundstücke bis auf Justinian zwey Jahre, er aber setzte sie auf zehen, zuweilen zwanzig Jahre, was nach einem alten Sprachgebrauch longum tempus hieß. Daher wurden nun in den Stellen der alten Juristen, welche von Grundstükken handelten, die Ausdrücke usucapio und usucapere ganz gewöhnlich (obgleich unnöthigerweise) in longi temporis capio und longo tempore capere verwandelt. Vgl. *L.* 10 § 1. *L.* 17. *L.* 26. *L.* 33 § 3 *de usurp.* (41. 3.), und manche ähnliche Stellen.

deren Änderung zur Aufnahme in die Rechtsbücher tauglich gemacht werden sollten (e). Hieraus folgt aber die wichtige Regel, daß zur Textkritik die Vergleichung mit den vorjustinianischen Rechtsquellen nur auf die beschränkteste Weise zulässig ist, nämlich nur etwa in solchen Fällen, worin sich darthun läßt, daß eine Änderung des Rechts, also eine Veranlassung zur Interpolation, gewiß nicht statt gefunden hat.

Eine zweyte, weniger sichtbare, Art der Änderungen besteht darin, daß einzelne Ausdrücke mancher Stellen, im Zusammenhang der Compilation, eine andere Bedeutung angenommen haben, als die, worin sie von den ursprünglichen Verfassern niedergeschrieben worden waren. Dadurch wurden die Stellen für die Compilation passend, ohne daß man nöthig hatte etwas umzuschreiben. Ein unzweifelhaftes Beyspiel findet sich in der Lehre von den Servituten. Diese wurden nach altem Recht regelmäßig durch in jure cessio erworben, weshalb die alten Juristen sehr häufig von einer cessio bey Servituten sprachen. Zu Justinians Zeit war die in jure cessio gänzlich verschwunden: allein der Ausdruck cessio konnte überall auch in der allgemeinen Bedeutung einer Übertragung überhaupt, ohne Rücksicht auf die dabey angewendete Form, gebraucht werden, und so ließ man in vielen Stellen jenen Ausdruck unverändert stehen, in der ganz richtigen Erwartung, er

(e) *L.* 1 § 7. *L.* 2 § 10 *C. de Haec quae necess.* § 2, Const. *vet. j. enucl* (1. 17.), Const. *Summa* § 3, Const. *Cordi* § 3.

werde nunmehr von Jedem in dieser allgemeinen Bedeutung verstanden werden (f). — Noch häufiger und wichtiger ist der Fall, da nicht ein einzelner Ausdruck, sondern selbst die Entscheidung einer Rechtsfrage, unverändert geblieben ist, aber in der Compilation in einem andern Zusammenhang gedacht, und auf einen andern Grund zurück geführt werden muß, als bey dem alten Juristen: so daß die Entscheidung zwar hier und dort gleich richtig ist, aber auf verschiedene Weise (g). — Die Auslegung,

(f) Dahin gehören *L.* 63 *de usufructu* (7. 1.), *L.* 20 § 1. *L.* 39 *de S. P. U.* (8. 2.), *L.* 3 § 3. *L.* 10. *L.* 11. *L.* 14 *de S. P. R.* (8. 3.), *L.* 15. *L.* 18 *comm. praed.* (8. 4.). Es ist möglich, daß in manchen dieser Stellen ursprünglich stand *in jure* cessio, und daß die Worte in jure weggestrichen wurden. Dann gehörten dieselben theilweise zur ersten Art von Änderungen, theilweise noch immer hierher, indem doch wenigstens das beybehaltene Wort cessio eine andere Bedeutung angenommen hätte. Allein nothwendig ist auch jene Annahme nicht; freylich pflegen Gajus und Ulpian die Worte in jure meistens hinzu zu setzen, doch werden sie auch von ihnen zuweilen weggelassen. Gajus I. § 168—172. II. § 30. 35. Ulpian. XI. § 7.

(g) So z. B. sagt *L.* 11 *pr. de public.* (6. 2.): „Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur." (Eben so nachher von den Prädialservituten). Dabey dachte Ulpian ohne Zweifel dieses: wenn ein Ususfructus nicht förmlich (durch in jure cessio), aber doch mit Tradition bestellt ist, so kann zwar nicht die wahre confessoria (die vindicatio ususfructus) gelten, wohl aber die publiciana, zu deren Begründung überall die Tradition hinreicht. Für das Justinianische Recht hat die Stelle nur dadurch Sinn, daß man hinzudenkt, der Ususfructus sey von einem Nichteigenthümer bestellt worden: denn das ist ja der einzige Fall überhaupt, worin jetzt noch von jener Klage die Rede seyn kann. — Wenn meines Nachbars Haus baufällig ist, und ich erst eine missio, dann noch ein zweytes Decret erhalte, so soll ich die publiciana und die Fähigkeit zur Usucapion erlangen. *L.* 5 *pr.* *L.* 18 § 15 *de damno infecto* (39. 2.). Das hatte ursprünglich den Sinn, daß der Prätor durch das zweyte Decret das Eigen-

welche auf einer vorausgesetzten Änderung dieser zweyten Art beruht, wird passend eine duplex interpretatio genannt.

Endlich giebt es noch eine dritte Art der Änderungen, die der zweyten ähnlich ist, jedoch mit dem Unterschied, daß sie sich nicht auf einzelne abgeänderte Rechtssätze, sondern auf den ganzen innern Bau der Compilationen bezieht. Dahin rechne ich die ganz neue und sehr wichtige Stellung, welche die zahlreichen Rescripte durch ihre Aufnahme in den Codex erhalten haben. Die Rescripte sollten gleich Anfangs Gesetzeskraft haben, aber nur für den einzelnen Fall, worin sie erlassen waren, nicht für andere gleiche Fälle (§ 24). In der Compilation haben sie eine gerade umgekehrte Wirksamkeit erhalten. Für den einzelnen Rechtsfall, der sie veranlaßte, sind sie gar Nichts mehr, denn dieser war schon zu Justinians Zeit gänzlich verschollen: dagegen sind die Rechtsregeln, die sie in concreter Form ausgedrückt enthalten, jetzt zu allgemeinen Gesetzen erhoben. Diese neue Bedeutung der Rescripte würden wir schon aus ihrer bloßen Aufnahme in den Codex folgern dürfen, da diese keinen andern denkbaren Zweck haben konnte: Justinian aber hat ihnen dieselbe auch noch durch ausdrückliche Erklärungen beygelegt (h). — Die Aufgabe besteht also hier darin, aus der Entscheidung des einzelnen Falles die darin ausgedrückte

thum geben wollte, aber nicht mehr als das bonitarische geben konnte: jetzt muß es von dem Fall verstanden werden, da der Nachbar kein (erweisliches) Eigenthum hat.

(h) Const. *Haec quae necess.* § 2, Const. *Summa* § 3.

allgemeine Regel heraus zu finden, welches dadurch geschieht, daß in der Absonderung der concreten Umgebung das rechte Maas gehalten wird, indem darin leicht zu viel oder zu wenig geschehen kann (i). Zuweilen wird es auch nicht gelingen, mit völliger Gewißheit zu bestimmen, wie Vieles unter die zufälligen, der Rechtsregel fremden, Umstände des vorgelegten einzelnen Falles zu rechnen ist. — Dieses Verfahren ist wesentlich verschieden von der ausdehnenden Auslegung eines Gesetzes durch Vergleichung mit seinem Grunde (§ 37). Denn durch diese soll der zu enge, also mangelhafte, Ausdruck berichtigt werden: bey jener Behandlung der Rescripte ist Nichts zu berichtigen, sondern nur die in individueller Anwendung ausgesprochene Regel richtig zu erkennen (k). — Bey dieser Auslegung der Rescripte nun ist das oben dargestellte argumentum a contrario (§ 37) gefährlicher, als in jedem andern Falle der Auslegung, indem es nicht

(i) Ein Beyspiel, wie in dieser Hinsicht die Rescripte schon von den Römischen Juristen behandelt wurden, findet sich in *L.* 9 § 5 *de j. et f. ignor.* (22. 6.). Sie waren zu diesem Verfahren dadurch veranlaßt, daß auch schon bey ihnen die in den Rescripten enthaltenen Regeln als große Autoritäten galten, wenngleich nicht als Gesetze (§ 24).

(k) Es ist also hier vor einer zweyfachen Verwechslung der ausdehnenden Auslegung zu warnen: 1) Verwechslung mit der hier beschriebenen Verwandlung der concreten Entscheidung in die darin enthaltene, bald offenbare, bald verborgene, allgemeine Regel. 2) Verwechslung mit der Anwendung der im Rescripte enthaltenen Regel auf gleiche einzelne Fälle. Diese Anwendung war (als eine mit Gesetzeskraft versehene) im alten Recht verboten (§ 24); für die in den Codex aufgenommenen Rescripte ist sie vorgeschrieben. Mit beiden Verfahrungsarten hat die ausdehnende Auslegung Nichts zu schaffen.

leicht gelingen wird, den Zweifel gänzlich zu beseitigen, ob nicht der Theil des Rescripts, worin man den versteckten Gegensatz wahrzunehmen glaubt, doch nur zu den zufälligen Bedingungen des einzelnen Rechtsfalls gehört hat (l).

§. 42.

B. Auslegung der Rechtsquellen im Ganzen. (Widerspruch.)

Bisher ist von der Auslegung der einzelnen Gesetze die Rede gewesen. Allein die Gesammtheit der oben angegebenen Rechtsquellen (§ 17—21) bildet ein Ganzes, welches zur Lösung jeder vorkommenden Aufgabe im Gebiete des Rechts bestimmt ist. Damit es zu diesem Zweck tauglich sey, müssen wir daran zwey Anforderungen machen: Einheit und Vollständigkeit. — Hierin aber können wir uns nicht auf die Gesetze allein beschränken, sondern es müssen vielmehr alle Arten der Rechtsquellen berücksichtigt werden. — Dagegen sind auch hier (wie bey der Auslegung der einzelnen Gesetze) zuerst die Grundsätze des regelmäßigen Verfahrens, dann die Hülfsmittel für mangelhafte Zustände anzugeben.

Das regelmäßige Verfahren besteht in der Bildung eines Rechtssystems aus der Gesammtheit der Quellen. Diese ist ihrem Wesen nach ähnlich der Construction der einzelnen Rechtsverhältnisse und Rechtsinstitute (§ 4. 5.), nur daß diese Construction hier mehr im Großen durch-

(l) Mühlenbruch, Archiv für civil. Praxis II. S. 427.

geführt wird. In diesem großen Zusammenhang erhält der Gesetzgrund, der oben in Beziehung auf einzelne Gesetze betrachtet worden ist (§ 34), eine wichtigere Bedeutung und Wirksamkeit, und die organisch bildende Kraft der Rechtswissenschaft (§ 14) erscheint hier in der größten Ausdehnung. Der gesammte Quellenkreis, und insbesondere der Theil desselben, welchen wir das Justinianische Corpus Juris nennen, kann von diesem Standpunkt aus als Ein Gesetz betrachtet werden, so daß die Regel der Auslegung eines einzelnen Gesetzes aus sich selbst (§ 35) darauf in gewissem Grade anwendbar wird. Es ist also hier von besonderer Wichtigkeit der Parallelismus der einzelnen Stellen, dessen vollständiger Besitz durch den Umfang, wie durch die Mannichfaltigkeit jener Quellen besonderen Schwierigkeiten unterliegt (a).

Die mangelhaften Zustände jenes Ganzen, die mit den Mängeln der einzelnen Gesetze verglichen werden können (§ 35), beziehen sich auf die zwey oben gemachten Anforderungen. Fehlt die Einheit, so haben wir einen Widerspruch zu entfernen, fehlt die Vollständigkeit, so haben wir eine Lücke auszufüllen. Eigentlich aber läßt sich Beides auf einen gemeinsamen Grundbegriff zurückführen. Denn überall ist es Herstellung der Einheit, was wir

(a) Eine sehr brauchbare und dankenswerthe Grundlage für die Sammlung der Parallelstellen liefert die Glosse. Für den ersten Anlauf sind auch schon die Noten des D. Gothofredus zu brauchen, die in dieser Hinsicht, als Auszug aus der Glosse, eine Art von Werth haben.

suchen: der negativen, durch Entfernung von Widersprüchen, der positiven, durch die Ausfüllung von Lücken.

Der Fall des inneren Widerspruchs unter einzelnen Stücken des Quellenkreises hat Verwandtschaft mit dem unbestimmten Ausdruck in einzelnen Gesetzen (§ 35. 36.). Beide Mängel kommen darin überein, daß die Erkenntniß derselben auf rein logischem Wege erlangt wird, daß die Abhülfe schlechthin nothwendig ist, und daß dieselbe anders, als auf logischem Wege (hier durch historische Mittel) zu suchen ist. Der allgemeinste Grundsatz führt dahin, den Widerspruch wo möglich in bloßen Schein aufzulösen, also die Vereinigung des scheinbar Widersprechenden zu suchen. Nur wo diese Vereinigung nicht gelingt, finden die folgenden Regeln ihre Anwendung.

Der Widerspruch kann vorkommen entweder innerhalb unsres allgemeinen Quellenkreises (§ 17—20), oder nur mit Rücksicht auf die demselben hypothetisch hinzutretenden Quellen (§ 21).

Der allgemeine Quellenkreis besteht in Deutschland aus den Justinianischen Gesetzen, dem canonischen Recht, den Reichsgesetzen, und dem wissenschaftlich entstandenen Gewohnheitsrecht, oder dem Gerichtsgebrauch. Findet sich hierin ein unauflöslicher Widerspruch, so gilt die Regel, daß das neuere Quellenstück dem älteren vorzuziehen ist. Der Grund dieser Regel liegt darin, daß ein Widerspruch der hier beschriebenen Art zu der fortschreitenden Entwicklung des Rechts gehört, so daß mit der Gründung der

neuern Rechtsregel die wirkliche Vernichtung der ältern verbunden war. Wenn wir nun eine Regel für den gegenwärtigen Rechtszustand suchen, so kann diese nur aus den noch bestehenden, nicht aus den bereits vernichteten, hergenommen werden (b). Durch diesen Grund aber ist zugleich eine natürliche Beschränkung der erwähnten Regel gegeben. Wenn nämlich neben der älteren Regel eine Ausnahme derselben bestand, so ist die Aufhebung nicht nothwendig auch auf diese Ausnahme mit zu beziehen: vielmehr besteht die Ausnahme auch neben der neueren Regel fort, wenn sie nicht noch besonders aufgehoben ist (c).

Die Anwendung der Hauptregel geschieht auf folgende

(b) Man kann daher diese Art des Widerspruchs nur insoferne zu den mangelhaften Zuständen rechnen, als man das ältere Gesetz selbst noch für einen Bestandtheil der Rechtsquellen (und zwar nun nothwendig für einen abgestorbenen) ansieht; der Zustand der noch gültigen Rechtsquellen selbst ist darum nicht mangelhaft zu nennen. Daher liegt auch in der Behauptung eines solchen Widerspruchs kein Tadel des Rechtszustandes, anstatt daß die Annahme mangelhafter einzelner Gesetze (§ 35—37) stets einen Tadel in sich schließt.

(c) *L.* 80 *de R. J.* (50. 17.) „In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est." *L.* 41 *de poenis* (48. 19.) „... nec ambigitur, in cetero omni jure speciem generi derogare ..." (der übrige Theil dieser Stelle ist schon oben § 37 Note d benutzt worden). — Ob die Aufhebung auch auf die Ausnahme gehen soll, kann nur aus dem Inhalt des neueren Gesetzes erkannt werden. — Man darf den hier als Beschränkung der Hauptregel aufgestellten Grundsatz nicht auf alle speciellen Bestimmnngen des früheren Rechts beziehen, sondern nur auf diejenigen, die den Ausnahmecharacter an sich tragen: also nicht auf solche specielle Bestimmungen, welche selbst nur Folgerungen aus der früheren Regel waren. — Vgl. überhaupt Thibaut civilist. Abhandlungen Num. 7, wo jener Grundsatz befriedigend behandelt ist.

Weise. Der wahre Gerichtsgebrauch, als die neueste Verarbeitung der früher vorhandenen Rechtsquellen, geht allem Übrigen vor. Dann folgen in der Reihe der Anwendung die Reichsgesetze. Ferner das canonische Recht. Zuletzt das Römische Recht. — Nur die Rangordnung der zwey letzten Stücke bedarf einer genaueren Erörterung.

Ob nämlich das canonische Recht (bey Fragen des Privatrechts) dem Römischen vorgehe, darüber wird sehr gestritten. Zwar das ist unzweifelhaft, daß auch hier vor Allem eine Vereinigung versucht werden müsse. Für den Fall aber, da eine solche nicht gelingen will, da vielleicht die Absicht einer Abänderung klar vorliegt, ist folgende Behauptung aufgestellt worden. Beide Rechte, sagt man, gelten nicht aus eigener Kraft, sondern vermittelst der Reception; diese hat bey uns für beide zu derselben Zeit statt gefunden, also sind sie für uns gleichzeitig, keines hat vor dem anderen einen regelmäßigen Vorzug, und in jedem einzelnen Widerspruch kann der Vorzug nur durch einen besonderen Gerichtsgebrauch bestimmt werden (d). — Allein das canonische Recht hat zu dem Römischen, bey privatrechtlichen Gegenständen, ganz das Verhältniß von Novellen: besonders die Decretalen, in welchen der Conflict vorzugsweise seinen Sitz hat. In diesem Verhältniß

(d) (Hübner) Berichtigungen und Zusätze zu Höpfner S. 14—22. Mühlenbruch I. § 70. — Richtigere Ansichten finden sich bey Böhmer Jus eccl. prot. Lib. 1. Tit. 2 § 70—73, der die Frage sehr ausführlich erörtert, ohne jedoch zu einem klar bestimmten Resultate zu kommen. Vgl. auch Hofacker I. § 53.

wurden beide Rechte in Bologna wirklich recipirt, und als die Decretalen, erst einzeln, dann in unseren Sammlungen, erschienen, war die Reception schon geschehen, und jene Decretalen traten in der That als neue abändernde Gesetze hinzu. In Deutschland freylich geschah die Reception des canonischen Rechts, und zwar hier gleich Anfangs des ganzen und vollständigen, gleichzeitig mit der des Römischen; allein sie geschah doch in demselben Sinn, in welchem sie in Bologna geschehen war, so wie man ja auch die Gränzen des Römischen Quellencanons von dort empfangen hatte (§ 17). Dieser vollständige Hergang könnte höchstens in dem Fall bezweifelt werden, wenn das canonische Recht zwar in Italien als Gesetz Eingang gefunden hätte, in Deutschland aber gar nicht aufgenommen worden wäre; allein in Deutschland war zur Zeit der Reception das Ansehen des Pabstes und des von ihm ausgehenden Rechts völlig eben so groß als in Italien, so daß jenes Grundverhältniß beider Rechte in Deutschland anerkannt wurde nicht blos auf die Autorität von Bologna, sondern aus denselben Gründen wie in Bologna. — Aus dieser Betrachtung folgt, daß bey privatrechtlichen Gegenständen das canonische Recht vor dem Römischen in der Regel den Vorzug hat. Eine Ausnahme dieser Regel wird nur begründet werden können entweder durch speciellen Gerichtsgebrauch, oder (in evangelischen Ländern) durch die einem canonischen Satz des Privat rechts widersprechenden Grundsätze des evangelischen Kir-

chenrechts. Außerdem kann dieselbe Wirkung, wie durch eine solche Ausnahme, auch hervorgebracht werden durch den schon oben aufgestellten regelmäßigen Vorzug der Reichsgesetze vor dem canonischen Recht: wenn nämlich die Reichsgesetze einen einzelnen Satz des canonischen Rechts mißbilligt, und dadurch der entgegenstehenden Römischen Regel wiederum Eingang verschafft haben (e).

§. 43.

Auslegung der Rechtsquellen im Ganzen. (Widerspruch). Fortsetzung.

Wichtiger aber, und schwieriger zu behandeln, ist der Widerspruch zwischen einzelnen Stücken der Justinianischen Gesetzgebung. Dieser kommt in großer Ausdehnung vor, und die Meynungen der neueren Schriftsteller sind darüber außerordentlich verschieden (a).

Vor Allem ist es nöthig, die Novellen von den drey Rechtsbüchern zu unterscheiden. Die Novellen waren dazu bestimmt, als einzelne Gesetze nach und nach das Recht

(e) So z. B. in der Lehre von den Zinsen, worin wenigstens das allgemein anerkannt ist, daß das durchgreifende Zinsenverbot des canonischen Rechts durch die Reichsgesetze beseitigt, also die Zulässigkeit der Zinsen überhaupt, so wie im Römischen Recht, festgestellt ist. Die näheren Bestimmungen freylich sind sehr bestritten.

(a) Vieles Gute findet sich bey Thibaut civilist. Abhandlungen Num. 6 und bey Löhr Justinians Compilation in: Grolman und Löhr Magazin B. 3 Num. 7. — Sehr reichhaltiges Verzeichniß von Schriftstellern bey Haubold Inst. jur. Rom. hist. dogm. ed. 1826 § 300.

abzuändern und fortzubilden; zu einer Sammlung sind sie von dem Gesetzgeber niemals vereinigt worden. Daher muß im Fall eines Widerspruchs jede Novelle nicht nur den drey Rechtsbüchern, sondern auch jeder anderen älteren Novelle, unbedingt vorgezogen werden (b). Auch ist hier die Voraussetzung eines Widerspruchs unbedenklicher, also der Versuch der Vereinigung weniger streuge nöthig, als bey den Rechtsbüchern, da es gerade die Bestimmung der Novellen war, das Recht abzuändern. — Zwar sind alle Novellen gleichzeitig mit den Rechtsbüchern bey uns recipirt worden, und man könnte glauben, daß dadurch der natürliche Vorzug, der ihnen als neueren Gesetzen zukam, wieder vernichtet wäre (c). Allein jene Reception geschah doch im Sinne von Justinian, als eines von ihm hinterlassenen Vermächtnisses von Gesetzen, folglich ganz in der Art, wie sich die Gültigkeit derselben am Ende seiner langen Regierung von selbst festgestellt hatte. Damals nun hatten bereits die Novellen das ihnen entge-

(b) Für diesen Zweck ist daher auch praktisch wichtig, ja unentbehrlich, das chronologische Verzeichniß in Bieners Geschichte der Novellen Anhang Num. IV. Man wende nicht ein, daß die Glossatoren ein solches Verzeichniß nicht besessen haben. Das Princip haben sie auch anerkannt und nach ihrer Einsicht angewendet, eine andere, irrige, chronologische Reihe aber haben sie nicht festgestellt; sie haben also von dieser Seite eben so wenig der besseren Einsicht den Weg versperrt, als von Seiten der Kritik des Textes (§ 17. 38.).

(c) Überflüssige Noth mit diesem Einwurf macht sich (Hübner) Berichtigungen und Zusätze zu Höpfner S. 8—14. Am Ende läßt er zwar die hier angenommene Auskunft auch zu, aber nur als Nothbehelf, was ganz unrichtig ist.

geustehende frühere Recht vernichtet, und es ist also für uns ganz gleichgültig, daß wir die Novellen gleichzeitig mit dem früheren Rechte recipirt haben.

Für die drey Rechtsbücher ist zunächst ein allgemeiner Gesichtspunkt aufzustellen, von welchem aus die besonderen Regeln über den Fall von Widersprüchen gefunden werden können. Justinian selbst wollte sie unzweifelhaft als Ein zusammenhängendes Ganze betrachtet wissen, und zwar als ein eigentliches Gesetzbuch, das heißt als ein Werk, aus welchem ausschließend die Entscheidung jedes Rechtsfalles genommen werden dürfe, welches aber auch für diesen Zweck völlig hinreiche (d). Dieses Ziel sollte erreicht werden durch eine Auswahl aus dem in großem Umfang vorhandenen Rechtsmaterial, dergestalt, daß die ausgewählten Stücke, mit unzerstörter historischer Gestalt, zu einem neuen Ganzen zusammen gefügt wurden. — In diesem neuen Rechtsgebäude waren die Digesten das Hauptstück, das einzige für sich verständliche und zugleich für die Anwendung nicht unzureichende, an welches sich die zwey anderen Stücke nur anschließen als Auszug oder

(d) Constit. Omnem § 7. Const. Summa § 3. *L.* 2 §.12. 23 *C. de vet. j enucl.* (1. 17.). — Hufeland Geist des R. R. I. S. 143—145 läugnet diesen Character eines Gesetzbuchs, weil die Rechtsbücher so viel blos Wissenschaftliches enthalten. Allein das betrifft blos ihre Entstehungsart und ihre Form: über ihre Bestimmung, als Gesetzbuch zu dienen, lassen die angeführten Stellen keinen Zweifel, und darauf kann es allein ankommen. Es kann damit ganz wohl bestehen, daß viele einzelne Stellen nicht Gesetz, sondern nur historisches Material seyn sollen, von welcher Annahme sogleich noch Gebrauch gemacht werden wird.

als Ergänzung. In dieser ihrer Stellung liegt jedoch kein Grund, ihren Inhalt dem Inhalt der anderen Stücke gerade vorzuziehen. — Von den Institutionen haben Manche behauptet, sie müßten dem Übrigen vorgehen als eigenes von Justinian herrührendes Werk: Andere, sie müßten nachstehen als bloßer Auszug der Digesten; beides unrichtig. Ihre Bestimmung zu einem Lehrbuch in den Rechtsschulen kommt hier nicht in Betracht. Als Bestandtheil der Gesetzgebung bilden sie eine einzelne Justinianische Constitution (e), und sie sind in dieser Beziehung den größeren Rechtsbüchern weder vorzuziehen, noch nachzusetzen. Einige besondere Rücksichten für den Fall eines Conflicts werden noch geltend gemacht werden. — Für den Codex endlich ist von Manchen nicht ohne Schein ein allgemeiner Vorzug vor den übrigen Stücken, ähnlich dem Vorzug der Novellen, deswegen behauptet worden, weil dieser unser gegenwärtiger Codex um ein Jahr später als die Institutionen und Digesten Gesetzeskraft erhalten hat. Deswegen sollte im Conflict einzelner Stellen stets der Codex den Vorzug haben. Aus dieser Annahme aber würde folgendes seltsame Resultat hervorgehen. Der ältere Codex (mit unserm neueren, dem allergrößten Theile nach, sicher übereinstimmend) erschien 529. Als nachher 533 die Institutionen und Digesten publicirt wurden, derogirten sie dem Codex in allen widersprechenden Stellen. Zuletzt erschien 534 der neue Codex, der also wiederum

(e) Prooem. Inst. § 6. *L.* 2 § 11 *C. de vet. j. enucl.* (1. 17.).

den Institutionen und Digesten derogiren mußte, und dadurch gerade die Stellen des ersten Coder wiederherstellte, die ein Jahr zuvor aufgehoben worden waren. Einen so leichtsinnigen Wechsel des Rechts konnte Justinian unmöglich herbeyführen wollen (f). Ja er konnte gar nicht an ein Derogiren dieser Art denken, weil er zwischen den Rechtsbüchern keine Widersprüche, sondern nur gänzliche Übereinstimmung annahm. Die einzigen Stellen des neuen Coder, welche wir als derogirend betrachten könnten, ohne zur Annahme jener widersinnigen Abwechslung genöthigt zu seyn, und ohne der von Justinian angenommenen Harmonie zu widersprechen, sind die wenigen, welche zwischen der Gesetzeskraft der Digesten (30. Dec. 533), und der Promulgation des Coder (17. Dec. 534), also in dem Zeitraum von weniger als einem Jahre, erschienen sind (g). Daß diese dem Recht der Digesten vorgehen müssen, ist unzweifelhaft, dieser Vorzug aber folgt schon aus einem anderen, durchgreifenderen Grunde, von welchem sogleich ein ausgedehnter Gebrauch gemacht werden wird, und es ist um ihretwillen nicht nöthig, die spätere Promulgation

(f) Dieser Grund wird mit Recht geltend gemacht von Thibaut a. a. O., S. 83.

(g) Solcher Constitutionen zählt Reland Elf auf (fasti p. 710). Darunter sind aber mehrere, die ihrem kirchlichen oder publicistischen Inhalte nach, mit den Digesten gar nicht in Widerspruch kommen können. Es bleiben daher nur folgende Sechs übrig, die das Privatrecht betreffen, und neues Recht einführen wollen: *L.* 2 *C. de jur. propt. cal.* (2. 59.). *L.* 29 *C. de nupt.* (5. 4.). *L.* 31 *C. de test.* (6. 23.). *L. un. C. de cad. toll.* (6. 51.). *L.* 15 *C. de leg. her.* (6. 58.). *L. un. C. de lat. lib. toll.* (7. 6.).

des neuen Codex, worin sie enthalten sind, geltend zu machen. — Fassen wir also nochmals den allgemeinen Grundsatz über die Behandlung der drey Rechtsbücher kurz zusammen, so ist es dieser: Sie sind bestimmt zu gelten als Ein großes, zusammenhängendes Werk, ihre nicht völlig gleichzeitige Promulgation ist ohne Einfluß, und wir können sie, ohne Gefahr eines Irrthums, so behandeln, als ob sie gleichzeitig promulgirt worden wären (h). Aus diesem Grundsatz sind nun besondere Regeln abzuleiten für die Behandlung einzelner Widersprüche, die uns innerhalb der drey Rechtsbücher vorkommen mögen.

§. 44.

Auslegung der Rechtsquellen im Ganzen. (Widerspruch.) Fortsetzung.

Zuvörderst gewinnt in diesem Fall die allgemeine Regel, den Widerspruch wo möglich durch Vereinigung in bloßen Schein aufzulösen (§ 42), eine ganz besondere Kraft und Bedeutung. Einmal weil die drey Rechtsbücher ein einziges Werk darstellen, worin also die Einheit des Gedankens schon an sich als der natürliche Zustand anzusehen ist; dann aber weil Justinian ausdrücklich versichert, es seyen hier keine Widersprüche vorhanden, und wo wir solche wahrzunehmen glaubten, sollten wir nur recht genau (subtili animo) zusehen, so würden wir schon

(h) Löhr a. a. O., S. 201.

einen verborgenen Grund der Vereinigung finden (a). Diese Anweisung ist außerordentlich wichtig, indem dadurch auch ein etwas künstliches Verfahren der Vereinigung völlig gerechtfertigt wird: nur freylich nicht ein völlig willkührliches, indem wir ganz von außen Unterscheidungen hinein tragen, wozu weder in den widersprechenden Stellen selbst, noch in anderen Theilen der Gesetzgebung, irgend ein Anlaß vorhanden ist (b).

Eine solche Vereinigung aber ist auf zwey verschiedenen Wegen möglich: auf dem systematischen und auf dem historischen. Beide Wege sind an sich zulässig, jedoch ist der zweyte nur da einzuschlagen, wo nicht schon der erste zum Ziele führt.

Die systematische Vereinigung kann geschehen dadurch, daß jede der widersprechenden Stellen besondere Bedingungen der Anwendung, also ein eigenthümliches Gebiet der Herrschaft erhält: entweder indem wir das Gebiet einer Regel, je nach verschiedenen Bedingungen, in zwey gleiche Hälften zerlegen, oder indem wir die eine Stelle als Regel behandeln, wozu sich die andere blos als Ausnahme verhalten soll. Sie kann aber auch dadurch geschehen, daß beide Stellen als ein Ganzes gedacht werden, so daß die eine Stelle durch die andere ergänzt, also die scheinbare Allgemeinheit der einen durch

(a) *L.* 2 § 15. *L.* 3 § 15 *C. de vet. j. enucl.* (1. 17.).

(b) *L.* 2 § 15 *cit.* „... sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiae querelam dissolvit, et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem."

die andere näher bestimmt und eingeschränkt wird (c). Folgende Anwendungen werden dieses Verfahren anschaulich machen. Mehrere Stellen erklären die Usucapion für möglich, wenn ein Titel zwar nicht vorhanden, aber doch von dem Besitzer als vorhanden angenommen sey (d); andere Stellen erklären in diesem Fall die Usucapion für unmöglich (e). Die Vermittlung liegt darin, daß die Usucapion möglich ist, wenn ein wahrscheinlicher Grund jenes Irrthums nachgewiesen werden kann, außerdem nicht (f). — Eben so sagen mehrere Stellen, zwischen Ehegatten sey ein Kauf schlechthin ungültig, wenn der Kaufpreis absichtlich höher oder niedriger, als der wahre Werth beträgt, bestimmt werde (g); andere Stellen beschränken diese gänzliche Ungültigkeit auf den Fall, worin ein solcher Kauf lediglich geschlossen wird, um die Schenkung zu bewirken: würde dagegen der Kauf auch unabhängig von dieser Nebenabsicht geschlossen worden seyn, so ist der Kauf gültig, und nur die in der Preisbestimmung liegende

(c) So sagt *L.* 1 § 9 *C. de vet. j. en.* (1. 17), für diejenigen Sätze, die schon im Codex ständen, seyen in der Regel keine Stellen in die Digesten aufgenommen worden „nisi forte vel propter *divisionem*, vel propter *repletionem*, vel propter *pleniorem indaginem* hoc contigerit." Das kann auch auf die systematische Auflösung von Widersprüchen angewendet werden. — Ein Beyspiel systematischer Vereinigung für zwey Stellen des Codex giebt Justinian selbst in der Nov. 158.

(d) *L.* 3 *L.* 4 § 2 *pro suo* (41. 10.).

(e) *L.* 27 *de usurp.* (41. 3.), § 11 *J. de usuc.* (2. 6.).

(f) *L.* 11 *pro emt.* (41. 4.), *L.* 4 *pro leg.* (41. 8.), *L.* 5 § 1 *pro suo* (41. 10.).

(g) *L.* 38 *de contr. emt.* (18. 1.), *L.* 17 *pr. ad Sc. Vell.* (16. 1.).

Geldschenkung ungültig (h). — Bey diesem Verfahren liegt also die richtige Ansicht zum Grunde, daß eine Regel die Beschränkung vermittelst näherer Bestimmungen oder Ausnahmen, durch die bloße unbestimmte Allgemeinheit ihres Ausdrucks nicht ausschließt, sondern nur durch die ausdrückliche Verneinung einer solchen Beschränkung. In den hier angeführten vermittelnden Stellen haben die alten Juristen selbst ein solches Verfahren angedeutet. — Insbesondere ist dabey Rücksicht zu nehmen auf die eigenthümliche Natur der von den Juristen auf wissenschaftlichem Wege gebildeten Regeln oder Formeln (§ 14). Wo also zwey widersprechende Stellen den Gegensatz einer solchen Formel mit einer concreten Bestimmung darbieten, werden wir fast immer dieser letzten den Vorzug zu geben haben. Ganz in diesem Sinn verfährt Afrikanus (Note f); eine noch wichtigere und anschaulichere Anwendung dieses Grundsatzes ist an einem andern Orte gemacht worden (Beilage VIII. Num. VIII.).

Die historische Vereinigung geschieht durch die Annahme, daß die eine der widersprechenden Stellen den wahren und bleibenden Ausspruch der Gesetzgebung, die andere blos historisches Material enthalte. Dieses Verfahren ist durch Manche in üblen Ruf gekommen, indem sie es auf etwas rohe Weise aufgefaßt und angewendet haben. Sie nahmen die bloße Zeitfolge als entscheidend

(h) *L.* 5 § 5 *L.* 32 § 26 *de don. int. vir.* (24. 1.). — Vgl. unten § 154 Note b. c.

an, und ließen überall die neuere Stelle (eines Kaisers oder eines Juristen) der älteren vorgehen. Diese, allerdings einfache und bequeme, Behandlung läßt sich schon nach dem allgemeinen Plane der Rechtsbücher nicht rechtfertigen: ganz bestimmt aber widerspricht ihr Justinian selbst, indem er namentlich für die Digesten erklärt, daß jede aufgenommene Stelle als von ihm ausgegangen, als Kaisergesetz, betrachtet werden solle (i). — Dagegen läßt sich die historische Vereinigung völlig rechtfertigen, sobald für die Aufnahme der älteren Stelle ein historischer Zweck wahrscheinlich gemacht werden kann: sie wird dann der neueren nachgesetzt, nicht weil sie älter ist, sondern weil sie gar nicht die Bestimmung hatte, unmittelbar angewendet zu werden (k). Ein solcher historischer Zweck aber kann auf zweyerley Weise vorkommen. Erstlich wegen der zur Zeit der Compilation schon bestehenden Rechtsverhältnisse, indem diese noch nach den älteren Gesetzen entschieden werden mußten (l). Zweytens, was wichtiger ist, und

(i) *L.* 1 § 5. 6. *L.* 2 § 10. 20. *C. de vet. j. en.* (1. 17.). — *L.* 1. § 6 *cit.* sagt: „omnia enim merito nostra facimus;" ähnlich reden die anderen Stellen. — Allerdings sollen diese Äußerungen zunächst den scharfen Gegensatz gegen das bis dahin geltende Gesetz von Valentinian III. (§ 26) ausdrücken, damit man nicht etwa Stellen des Julian in den Digesten geringer achte, als Stellen des Ulpian: allein die Regel selbst ist so allgemein, daß sie eben so gut den Vorzug der neueren Stellen vor den älteren, gegründet auf diese bloße Zeitverschiedenheit, ausschließt.

(k) Sehr befriedigend ist dieser Punkt ausgeführt von Löhr a. a. O., S. 180. 189 — 197.

(l) An sich war es für diesen Zweck nicht eben nothwendig, ältere Stücke, die auf künftige Fälle nicht mehr angewendet werden sollten, in die Rechtsbücher

eine weit ausgedehntere Anwendung zuläßt, weil die neuere, allein gültige Stelle durch aufgenommene Stellen aus dem älteren Recht deutlicher werden sollte. Dabey also wird vorausgesetzt, daß die älteren Stellen dazu aufgenommen wurden, um ein Stück der Rechtsgeschichte mitzutheilen, welches zur Erläuterung der neuesten Stelle nöthig schien.

Die Richtigkeit dieser letzten Voraussetzung wird aber durch folgende Umstände vollkommen bestätigt. Erstlich durch die Zusammensetzung der Rechtsbücher aus einem seit Jahrhunderten allmälig entstandenen historischen Material, wobey die Entwicklung der Rechtssätze durchaus sichtbar werden mußte, anstatt daß sie bey einem neu geschriebenen Werk wohl hätte verwischt werden können. Zweytens durch die sorgfältige Beybehaltung der historischen Bezeichnung jeder Stelle, wobey kein anderer Zweck gedacht werden kann, als die Erklärung des Geltenden aus dem Früheren möglich zu machen. Drittens durch so viele neue, abändernde Constitutionen, welche fast gar nicht zu verstehen sind, wenn man sie nicht mit dem früheren Recht, das sie abändern sollen, vergleicht. Endlich durch die Beschaffenheit der Institutionen insbesondere. Diese sollten nichts Veraltetes enthalten (m), und dennoch

aufzunehmen, da ja die alten Constitutionen und Bücher nicht zerstört wurden. Daß es aber in der That geschehen ist, sagt ausdrücklich Justinian selbst. Nov. 89. C. 7.

(m) Prooem. Inst. § 3 „ut .. *nihil inutile*, nihil perperam positum, *sed quod in ipsis rerum obtinet argumentis*, accipiant."

die geschichtliche Entwicklung darstellen (n), was sie auch in manchen Lehren mit großer Vollständigkeit leisten (o). Dadurch wird Alles klar: die verschwundenen Institute, wie die Mancipation und die strenge Ehe, sollten nicht berührt werden, aber die geschichtliche Ausbildung der noch bestehenden sollte nicht fehlen, weil ohne diese auch deren neueste Gestalt nicht verstanden werden konnte. Was nun hier bey den Institutionen so klar vor unsern Augen liegt, ja was auch an sich so natürlich ist, wie sollten wir zweifeln, es auch auf die Digesten und den Coder, so wie auf das Verhältniß der drey Rechtsbücher zu einander, anzuwenden? — Von diesem Standpunkt aus verschwinden zugleich alle Einwürfe, die nicht ohne Schein gegen unsre Voraussetzung versucht worden sind. Justinian, sagt man, hat erklärt, jede Stelle solle angesehen werden, als ob sie von ihm ausgienge (Note i); damit kann aber wohl bestehen, daß Einiges nicht unmittelbar zur Anwendung, sondern zur geschichtlichen Erläuterung, bestimmt ist. Ferner: es solle nichts Veraltetes aufgenommen werden (p); wie das zu verstehen ist, wurde so eben bey Gelegenheit der Institutionen erklärt. Endlich: es fänden sich in den Rechtsbüchern keine Widersprüche (q); allein ein Widerspruch ist es ja nicht, wenn zwey Stellen

(n) Prooem. Inst. § 5 „In quibus breviter expositum est *et quod antea obtinebat*, et quod postea desuetudine inumbratum ab Imperiali remedio illuminatum est."

(o) So z. B. § 4—7 *J. de fid. hered.* (2. 23.).

(p) Const. *Haec quae necess.* § 2 *L.* 1 § 10 *C. de vet. j. enucl.* (1. 17.).

(q) Const. *Haec quae necess.*

von abweichendem Inhalt deswegen aufgenommen werden, damit die eine aus der anderen historisches Licht empfange. — So unbedenklich nun, nach diesen Gründen, die historische Vereinigung ist, so darf sie dennoch nur da angewendet werden, wo die systematische nicht anwendbar ist (r). Dieser Vorrang der systematischen Vereinigung ist eine natürliche Folge davon, daß die Rechtsbücher für den praktischen Zweck gegeben sind, weshalb auch von jedem ihrer Bestandtheile angenommen werden muß, er sey zur unmittelbaren Anwendung bestimmt, wenn nicht diese Annahme durch besondere Gründe widerlegt wird, welches hier durch den sonst unvermeidlichen Widerspruch mit anderen Stellen geschieht.

Das wichtigste aber und zugleich das schwierigste ist die Feststellung der Bedingungen für die historische Vereinigung. Der Fall nämlich ist der allerseltenste, worin uns geradezu ein Stück Rechtsgeschichte im Zusammenhang vorgetragen wird, so wie oben ein Beyspiel aus den Institutionen nachgewiesen worden ist (Note o). Fast immer muß vielmehr jene Art der Vereinigung erst durch ein künstliches Verfahren herbeygeführt werden. Woran können wir nun mit Sicherheit erkennen, daß der Fall derselben wirklich vorhanden ist? darüber mag folgende

§ 2. Const. *Summa* § 1. *L.* 1 § 4. 8 *C. de vet. j. enucl.* (1. 17.). *L.* 2 *pr.* § 15 *eod. Nov.* 158.

(r) Eine Bestätigung liegt darin, daß Justinian selbst nur auf die systematische Vereinigung ausdrücklich hinweist, offenbar, indem er sie als die regelmäßige und natürliche, als die welche vor Allem versucht werden soll, ansieht. *L.* 2 § 15 *C. de vet. j. enucl.* (1. 17.). *Nov.* 158.

Regel gelten. Finden sich zwey widersprechende Stellen aus verschiedener Zeit, so kann es geschehen, daß die Verschiedenheit des Inhalts erweislich gerade durch dieses verschiedene Alter bewirkt worden ist, indem in der That eine Abänderung des Rechts eingetreten ist, entweder in der Zwischenzeit zwischen beiden Stellen (s), oder, was noch häufiger ist, gerade durch die neuere Stelle selbst, wenn diese den Charakter eines abändernden Gesetzes an sich trägt. In solchen Fällen ist die historische Vereinigung wirklich begründet, da wir bestimmt behaupten können, daß die Urheber beider Stellen, wenn sie gleichzeitig geschrieben hätten, mit einander übereinstimmen würden. Nun also dürfen wir die ältere Stelle als bloßes Material zur rechtsgeschichtlichen Erläuterung der neueren ansehen (t). Dabey kann es auch ganz gleichgültig seyn, ob

(s) Dieses ist denkbar durch ein in die Zwischenzeit fallendes neues Gesetz; aber auch (und noch häufiger) durch die fortschreitende wissenschaftliche Entwicklung einer Rechtsregel. So galt z. B. in der Lehre vom Darlehen zuerst die strenge Regel, daß nur durch unmittelbares Hingeben des Geldes eine Klage gegen den Empfänger erworben werden könne. Als aber die Lehre vom Besitzerwerb eine freyere Ausbildung erhielt, wirkte diese auch auf die zulässige Form des Darlehens zurück. Zur Zeit des Africanus war, wie es scheint, diese Entwicklung noch nicht vollendet (*L.* 34 *pr. mand.* 17. 1.), zur Zeit des Ulpian war sie vollendet (*L.* 15 *de R. C.* 12. 1.). Hier ist also die Stelle des Africanus blos historisches Material, wodurch die allmälige Ausbildung dieses Rechtssatzes erkennbar wird. — Ein damit verwandter Fall kommt vor in der Beylage X. Ein anderer Fall (*L.* 23 *de don. int. vir.* 24. 1.) im § 161.

(t) Ein sehr erläuternder Fall findet sich bey dem Int. de vi. Hier wird in den Digesten der Satz des älteren Rechts, welcher das Interdict auf Grundstücke einschränkt, ausführlich dargestellt. (*L.* 1 § 3—8 *de vi*). Der Co-

die Compilatoren dieses mit Absicht so eingerichtet haben (was freylich niemals streng erweislich seyn wird), oder ob die ältere Stelle nur aus Versehen aufgenommen worden ist. Denn auch in diesem letzten Fall geschieht eine solche Vereinigung ganz im Sinn der Compilation, und unser Verfahren ist durch die Natur und Bestimmung derselben völlig gerechtfertigt (u). — Im Gegensatz des hier beschriebenen Falles wäre demnach die historische Vereinigung zu verwerfen in folgenden Fällen. Erstens wenn beide Stellen, so viel wir wissen, gleichzeitig sind, welches fast immer wird angenommen werden müssen, wenn zwey Pandektenstellen von demselben Schriftsteller, oder von zwey gleichzeitig lebenden, herrühren, da wir über die Chronologie der einzelnen Werke wenig wissen. Zweytens, wenn jene Stellen zwar ungleichzeitig sind, aber so, daß dieses Zeitverhältniß nicht der Grund des abweichenden Inhalts ist, indem sie eben so verschieden lauten könn-

der und die Institutionen behandeln es als anwendbar auf Sachen aller Art. Ich setze dabey freylich voraus die Richtigkeit der Ansicht, welche in meinem Buch über den Besitz § 40 aufgestellt ist, denn allerdings ist diese Frage sehr streitig. — Ein anderer Fall findet sich in der Lehre vom castrense peculium. Starb ein filius familias, der ein solches besaß, ohne darüber zu testiren, so fiel es an den Vater, nicht als Erbschaft, sondern jure pristino. Dieser Rechtssatz ist noch in den Digesten ausführlich dargestellt, und kommt selbst noch im Codex vor. (*L.* 1. 2. 9. 19 § 3 *de castr. pec.* 49. 17., *L.* 5. *C. eod.* 12. 37.). Allein seit der Ausbildung der sogenannten Adventitien paßte dieser Grundsatz nicht mehr, und so sagen die Institutionen, freylich nur beiläufig, jenes Recht des Vaters gelte nur, wenn der Sohn weder Kinder noch Geschwister hinterlasse. *pr. J. quib. non est permissum.* 2. 12.

(u) Löhr a. a. O., S. 212.

ten, wenn sie gleichzeitig verfaßt wären. Dieses ist z. B. anzunehmen bey solchen Streitfragen, die sich Jahrhunderte lang bey den Römischen Juristen fortgepflanzt haben; wenn sich eine solche noch in die Digesten verloren hat, so ist es ja ganz gleichgültig, daß vielleicht die eine Stelle von Julian, die andere von Modestin herrührt, indem auch Gleichzeitige ganz auf dieselbe Weise gegen einander stritten. In solchen Fällen ist die ältere Stelle kein Zeugniß für das ältere Recht, also konnte auch ihre Aufnahme keinen historischen Zweck haben, und es muß daher die historische Vereinigung unterbleiben, weil diese überhaupt nicht durch das verschiedene Alter an sich, sondern allein durch den historischen Zweck begründet werden kann, welcher nur aus der erweislichen Fortbildung des Rechts zu folgern ist. Eben daher muß aber die historische Vereinigung auch bey denjenigen ungleichzeitigen Stellen unterbleiben, bey welchen es nur unentschieden ist, welches der beiden Verhältnisse zum Grunde liegen möge: indem nur der erweisliche historische Zweck jene Vereinigungsart zu rechtfertigen vermag.

§. 45.

Auslegung der Rechtsquellen im Ganzen. (Widerspruch). Fortsetzung.

Wenden wir diese Regeln auf die einzelnen Rechtsbücher an, so ergiebt sich zunächst für den Coder eine sehr ausgedehnte Zulässigkeit der historischen Vereinigung. Ist

nämlich die neuere Stelle ein Edict, so wird es meist unzweifelhaft seyn, daß dasselbe geradezu bestimmt war, neues Recht einzuführen: besonders wenn ein solches von Justinian herrührt, und ganz vorzüglich wenn es unter die kleine Zahl derjenigen gehört, die erst nach der Gesetzeskraft der Digesten erschienen sind (a). Ja selbst bey dem größten Theil der späteren Rescripte, namentlich bey den sehr zahlreichen Diocletianischen, darf ein ähnliches Verhältniß angenommen werden, da diese wenigstens sehr häufig von einer wirklichen Fortbildung des Rechts Zeugniß geben. Allein ein allgemeiner Vorzug des Codex vor den Digesten darf darum dennoch nicht behauptet werden, indem viele ältere Rescripte des Codex mit Pandektenstellen in einem solchen Verhältnisse stehen werden, worin nach den aufgestellten Regeln die historische Vereinigung unzulässig ist (b). — Bey ungleichzeitigen Stellen der Digesten wird die historische Vereinigung seltner gerechtfertigt werden können: daß sie aber auch hier vorkommen kann, ist bereits an einem Beyspiele gezeigt worden (c). — Wenn endlich die Institutionen mit den größeren Rechtsbüchern im Widerspruch stehen, so werden sich meist

(a) Vgl. §. 43 Note g. — Für diese Stellen also wird hier der Vorrang wirklich geltend gemacht, aber aus einem andern Grunde als aus der späteren Promulgation des neuen Codex, welche oben als ein nicht entscheidender Grund abgewiesen wurde.

(b) Einen unbedingten Vorzug des Codex vor den Digesten behaupten Thibaut S. 93 und Löhr S. 213, womit ich also nicht einstimmen kann.

(c) § 41 Note s.

folgende Fälle mit hinreichender Sicherheit feststellen lassen. Zuweilen ist augenscheinlich eine Übereilung bey der Abfassung der Institutionen begangen worden, etwa dadurch veranlaßt, daß man in die Institutionen des Gajus die Stelle eines andern Juristen ungeschickt eingefügt hat: dann sind unbedenklich die Institutionen nachzusetzen (d). Manche andere Stelle der Institutionen enthält gerade

(d) Ein ganz unzweifelhafter Fall dieser Art ist in der ersten Beylage dieses Bandes nachgewiesen worden: jedoch hat dieser keinen Satz des praktischen Rechts zum Gegenstand. — Eben so ist § 16 *J. de L. Aquilia* (4. 3.) zusammengesetzt aus Gajus III. 219, und der Stelle des Ulpianus ad ed., die wir als *L.* 7 § 7 *de dolo* (4.3.) besitzen. Durch die Zusammenfügung aber entsteht der Schein, als könnte in Fällen wie dieser letzte die a. utilis L. Aquiliae nicht gelten, da sie doch in *L.* 27 § 19. 20. 21 *ad L. Aquil.* (9. 2.) zugelassen wird. — In § 3 *J. de emt.* (3. 24.) wird gesagt, für die custodia eines Sklaven sey der Verkäufer nur durch besonderes Versprechen verpflichtet, außerdem nicht. Das hängt damit zusammen, daß Sklaven auch bey anderen Rechtsgeschäften nicht custodirt zu werden brauchten. *L.* 5 § 6. 13 *commod.* (13. 6.). Nun setzt aber der angeführte § der Institutionen, nach Erwähnung des Sklaven, noch hinzu: „Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intelligimus." Durch diesen Zusatz wollten die Compilatoren sagen, es sey in der zuerst vorgetragenen Regel (die sie ohne Zweifel wörtlich aus einem alten Juristen entnommen hatten) nur zufällig ein Sklave genannt, wodurch also der Satz noch praktischer werden sollte: sie übersahen aber dabey, daß es nicht zufällig war, sondern daß in der That bey anderen beweglichen Sachen die entgegengesetzte Regel gilt, und zwar aus gutem Grunde. *L.* 35 § 4 *de contr. emt.* (18. 1.). *L.* 3 *L.* 4 § 1. 2 *de peric.* (18. 6.). — Der § 39 *J. de action.* (4. 6.) läßt die Compensation nur zu für das „quod invicem actorem *ex eadem causa* praestare oportet." Diese Beschränkung paßt nicht zu dem gesammten übrigen Justinianischen Recht, und namentlich nicht zu § 30 *J. eod.* Sie war schon aufgegeben zur Zeit des Paulus Paul. II 5 § 3. Ja sie konnte nicht mehr fortdauern seitdem Marc Aurel die Compensation auf die (stets einseitige) Stipulationsklage angewendet hatte. § 30 *J. cit.* Wir

umgekehrt eine besonnene eigene Erklärung des Gesetzgebers: eine solche aber ist wie ein Justinianisches Edict anzusehen, und jeder anderen widersprechenden Stelle vorzuziehen (e). Meistens aber wird weder der eine noch der andere Fall angenommen werden können, vielmehr werden beide Stellen, die der Institutionen und die der Digesten, als einander ergänzend anzusehen seyn: dieses aber gehört zu der systematischen Vereinigung (§ 44), wodurch jedes andere Verfahren überflüssig wird (f).

Was soll endlich geschehen in den Fällen, in welchen beide Arten der Vereinigung nicht anwendbar sind (§ 44), obgleich ein Widerspruch durchaus eingeräumt werden muß? Es bleibt Nichts übrig, als unter beiden widersprechenden Stellen diejenige vorzuziehen, welche den übrigen unzweifelhaften Grundsätzen der Justinianischen Gesetzgebung am meisten entspricht. Diese Regel beruht auf der Voraussetzung der organischen Einheit der Römischen Gesetzgebung, welche wiederum in der allgemeinen Natur des positiven Rechts überhaupt (§ 5) ihre tiefere Begrün-

wissen nun jetzt, daß jene unpassenden Worte blos unbedachtsamerweise abgeschrieben sind aus Gajus IV. § 61, zu dessen Zeit also die Beschränkung noch Gültigkeit hatte.

(e) Thibaut a. a. O., S. 96.

(f) Dahin rechne ich folgende Fälle. § 25 *J. de rer. div.* (2. 1.) und *L.* 7 § 7 *de a. rer. dom.* (41. 1.) ergänzen sich gegenseitig. Die Institutionenstelle ist vollständiger durch die Regel wegen des gemischten Eigenthums: die Pandektenstelle dagegen durch die genauere Erwägung und Berichtigung des Falles vom gedroschenen Getraide. Beide Stellen müssen daher in Gedanken verschmolzen werden. — Eben so wird *L.* 2 § 6 *mand.* (17. 1.) nur noch ergänzt durch den Schluß von § 6 *J. de mand.* (3. 27.).

dung findet. Eine Bestätigung ihrer Richtigkeit liegt noch in dem völlig analogen Verfahren, welches bey zweydeutigen Ausdrücken einzelner Gesetze anzuwenden ist (§ 35. 36), und an dessen Richtigkeit ohnehin Niemand zweifelt. Wie dort aus zwey Bedeutungen desselben Ausdrucks ein Zweifel entsteht, so hier aus zwey widersprechenden Stellen derselben Gesetzgebung. Wie dort der sprachliche Zweifel am sichersten gehoben wird durch Vergleichung mit anderen Theilen desselben Gesetzes oder mit anderen Gesetzen, so hier der sachliche Zweifel durch Vergleichung mit anderen unzweifelhaften Grundsätzen derselben Gesetzgebung. Die Ähnlichkeit ist vollständig und unwidersprechlich. — Eine bloße Anwendung dieser Regel liegt darin, wenn wir einen Widerstreit wahrnehmen zwischen einem ganz isolirten Ausspruch auf der einen Seite, und mehreren übereinstimmenden, etwa aus verschiedenen Zeiten herrührenden, Aussprüchen auf der anderen Seite. Wir haben dann Grund, den Ausdruck des wahren Sinnes der Gesetzgebung vielmehr in dieser Übereinstimmung voraus zu setzen, als in jener isolirten Äußerung (g). — Eben so wenn unter zwey widersprechenden Stellen die eine an dem Ort

(g) Dahin gehört der Fall der *L.* 5 § 3 *de praescr. verb.* (19. 5), die mit so vielen Stellen verschiedener Zeiten im Widerspruch steht. Ferner der Fall der *L.* 23 *de don. int. vir.* (24. 1.), welcher viele ganz klare, unzweifelhafte Stellen gegenüber stehen (§ 164). Dieser Fall gehört zugleich in das Gebiet des § 44; denn eben aus den widersprechenden Stellen überzeugen wir uns, daß jene Stelle eine blos historische Bedeutung haben kann, welches aus ihr, für sich allein betrachtet, keineswegs zu ersehen seyn würde.

steht, wohin die streitige Regel unmittelbar gehört, die andere an einem davon entfernten Ort. Denn von der ersten kann nun angenommen werden, daß die Compilatoren von dem Sinn und Einfluß derselben, bey ihrer Aufnahme, ein deutliches Bewußtseyn hatten, anstatt daß bey der zweyten das, was den Widerspruch begründet, leichter übersehen werden konnte. Daher drückt also jene Stelle den Sinn der Gesetzgebung im Ganzen zuverlässiger aus als diese (h).

Zwar ist nicht weg zu läugnen Justinians bestimmte Versicherung, daß Widersprüche nicht vorkommen (§ 44. a.); allein was vermag diese Versicherung gegen die augenscheinliche Wirklichkeit, und gegen das unabweisliche Bedürfniß einer Aufhebung des Widerspruchs wo er uns begegnet? Ja man könnte selbst bezweifeln, ob es mit jener Versicherung so gründlicher Ernst gewesen sey. In dem Plane freylich lag die Verhütung von Widersprüchen: aber eben so auch die Verhütung von Wiederholungen und von Auslassung wichtiger Stellen des älteren Rechts (similia und praetermissa). Nun wird ausdrücklich erklärt, es möchten doch wohl Versehen dieser zwey letzten Arten vorgefallen seyn, und diese werden sehr richtig entschuldigt mit der Schwäche der menschlichen Natur (i). Allein diese Entschuldigung, und also auch das Bekenntniß, worauf

(h) Aus diesem Grund wird der § 3 *J. de usufr.* (2. 4.) vorgezogen werden müssen der *L.* 66 *de j. dot.* (23. 3).

(i) *L.* 2 § 14. 16 *C. de vet. j. enucl.* (1. 17.)

sie sich bezieht, paßt völlig eben so auf die Widersprüche, und es scheint ganz zufällig, daß es dabey nicht auf gleiche Weise ausgedrückt ist.

Bisher war die Rede von einem Widerspruch innerhalb unsres allgemeinen Quellenkreises (§ 42 fg.); es ist nun noch der Widerspruch in Anwendung auf die hypothetisch hinzutretenden Rechtsquellen (§ 21) zu erwägen.

Im Allgemeinen gelten für diesen zweyten Fall dieselben Regeln, wie für den ersten. Insbesondere muß auch hier das neuere Gesetz dem älteren vorgehen, wodurch der regelmäßige Vorzug des Landesrechts vor dem gemeinen Recht bestimmt wird. Eben so wird auch hier diese Regel beschränkt durch die Rücksicht auf Ausnahmen der älteren Regel, welche durch die neuere, abändernde Regel nicht nothwendig berührt werden. — Es tritt aber hier noch eine eigenthümliche zweyte Ausnahme hinzu. Wenn nämlich das neuere Gesetz für ein weiteres Gebiet gilt, als das ältere, so ist dadurch das ältere in der Regel nur dann aufgehoben, wenn das neuere eine absolute Natur hat (§ 16), außerdem dauert das ältere fort (k).

(k) *L.* 3 § 5 *de sepulchro viol.* (47. 12.). In einer Stadt war durch die lex municipalis die Beerdigung innerhalb der Mauern erlaubt, Hadrian verbot sie später allgemein, man zweifelte welches vorgehe: dennoch wurde in diesem Fall die allgemeine, aber absolute, spätere Vorschrift vorgezogen. — C. 1 de const. in VI. (1. 2.). „.. Romanus pontifex ... quia ... locorum specialium ... consuetudines et statuta ... potest probabiliter ignorare: ipsis ... per constitutionem a se noviter editam, nisi expresse caveatur in ipsa, non intelligitur in aliquo derogare."

Dafür findet sich dieser alte Ausdruck: Willkühr bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemein Recht (l).

§. 46.

Auslegung der Rechtsquellen im Ganzen. (Lücken. Analogie.)

Finden wir unsre Rechtsquellen zur Entscheidung einer Rechtsfrage nicht zureichend, so haben wir diese Lücke auszufüllen, da die Forderung der Vollständigkeit ein eben so unbedingtes Recht für sich hat, als die der Einheit (§ 42). Es fragt sich nur, wo wir diese Ergänzung zu suchen haben. So mannichfaltig über diese Frage der Ausdruck unsrer Schriftsteller erscheint, lassen sie sich doch dem Wesen nach auf zwey Meynungen zurückführen. Nach der ersten Meynung wird ein allgemeines Normalrecht (das Naturrecht) angenommen, welches neben jedem positiven Recht als ein subsidiarisches stehen soll, in ähnlicher Weise wie in Deutschland neben den einzelnen Landesrechten das Römische. Diese besondere Anwendung einer schon oben im Allgemeinen verworfenen Ansicht (§ 15) bedarf hier keiner neuen Widerlegung. — Nach der zweyten Meynung wird unser positives Recht aus sich selbst ergänzt, indem wir in demselben eine organisch bildende Kraft annehmen. Dieses Verfahren müssen wir nach unsrer Grundansicht des positiven Rechts (§ 5) als das rich-

(l) Eichhorn deutsches Privatrecht § 30.

tige und nothwendige anerkennen, und es ist wesentlich dasselbe, welches auch schon zur Herstellung der Einheit durch Beseitigung von Widersprüchen angewendet worden ist (§ 45). Das Verhältniß der durch dieses Verfahren gefundenen Rechtssätze zu dem gegebenen positiven Recht nennen wir die Analogie (a), und sie ist es daher wodurch wir jede wahrgenommene Lücke auszufüllen haben.

Es kommt aber diese Rechtsfindung durch Analogie in zwey Stufen vor. Erstlich wenn ein neues, bisher unbekanntes, Rechtsverhältniß erscheint, für welches daher ein Rechtsinstitut, als Urbild, in dem bisher ausgebildeten positiven Recht nicht enthalten ist. Hier wird ein solches urbildliches Rechtsinstitut, nach dem Gesetze innerer Verwandtschaft mit schon bekannten, neu gestaltet werden. Zweytens, und viel häufiger, wenn in einem schon bekannten Rechtsinstitut eine einzelne Rechtsfrage neu entsteht. Diese wird zu beantworten seyn nach der inneren Verwandtschaft der diesem Institute angehörenden Rechtssätze, zu welchem Zweck die richtige Einsicht in die Gründe der einzelnen Gesetze (§ 34) sehr wichtig seyn wird. — Die analogische Rechtsfindung kann in beiden Stufen vorkommen als Anstoß zur Fortbildung des Rechts, z. B. durch Gesetzgebung, in welchem Fall sie mit größe-

(a) In demselben Sinn nahmen den Ausdruck die Römer: Varro de lingua lat. Lib. 10 (in ältern Ausgaben 9) C. 3—6. Quinctilian. I. C. 6. Gellius II. C. 25. Isidor. I. C. 27. — Über das eigentliche Wesen der Analogie erklärt sich sehr gut Stahl Philosophie des Rechts II. 1. S. 166.

rer Freyheit geübt werden kann. Sie kann aber auch vorkommen (so wie wir sie hier betrachten) als eine Art reiner Auslegung, etwa indem einem Richter zuerst das neue Rechtsverhältniß oder die neue Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt wird. Für diese Art der Anwendung der Analogie sollen nunmehr noch einige nähere Bestimmungen gegeben werden.

Jede Anwendung der Analogie beruht auf der vorausgesetzten inneren Consequenz des Rechts: nur ist diese nicht immer eine blos logische Consequenz, wie das reine Verhältniß zwischen Grund und Folge, sondern zugleich eine organische, die aus der Gesammtanschauung der praktischen Natur der Rechtsverhältnisse und ihrer Urbilder hervorgeht (§ 4. 5.). Wir müssen dabey stets ausgehen von einem Gegebenen, welches wir zur Lösung der vorliegenden Aufgabe erweitern. Dieses Gegebene kann seyn ein bestimmtes einzelnes Gesetz, in welchem Fall der Name einer Entscheidung ex argumento legis üblich ist; weit häufiger aber wird das Gegebene in solchen Bestandtheilen der Rechtstheorie enthalten seyn, die selbst schon auf dem künstlichen Wege der Abstraction entstanden waren. In allen Fällen aber ist dieses Verfahren wesentlich verschieden von der oben erklärten ausdehnenden Auslegung (§ 37), womit es sehr häufig verwechselt wird. Denn diese soll nicht etwa eine Lücke des Rechts ausfüllen, sondern den unrichtig gewählten Ausdruck eines Gesetzes aus dessen wirklichem Gedanken berichtigen. Bey dem Verfah-

ren nach Analogie nehmen wir an, daß es an dem wirklichen Gedanken irgend eines leitenden Gesetzes gänzlich fehlt, und wir suchen uns über diesen Mangel durch die organische Einheit des Rechts hinweg zu helfen.

Die Auslegung vermittelst der Analogie findet jedoch gar keine Anwendung, wenn das Gegebene, von welchem wir ausgehen, die Natur der Ausnahme von einer Regel hat. In einem solchen Fall wird meistens die Anwendung der Analogie schon deswegen verworfen werden müssen, weil die Grundbedingung derselben, der Mangel einer Regel, nicht vorhanden seyn wird. Wenn also z. B. ein vorhandenes Gesetz durch ein neues Gesetz theilweise aufgehoben wird, so bestehen die nicht aufgehobenen Theile fort (b). Wollten wir auch darauf die Aufhebung ausdehnen, so wäre das nicht Analogie, indem ja dafür eine Regel gar nicht fehlt, sondern vielmehr eine ausdehnende Auslegung, und zwar eine willkührliche, grundlose. — Eben so wird es sich verhalten mit der analogischen Erweiterung eigentlicher Privilegien (§ 16), neben welchen es ja an einer eigentlichen Rechtsregel niemals fehlen wird. — Und derselbe Fall würde auch da eintreten, wo ein anomalisches Recht oder Jus singulare (§ 16) über seine unmittelbaren Gränzen erweitert werden sollte, indem auch da eine Regel schon vorhanden ist, die durch die Erweiterung nur gestört werden würde. Dieser Fall

(b) Ein Beyspiel kommt vor in *L.* 32 § 6 *C. de apell.* (7. 62.). — Vgl. auch Thibaut logische Auslegung § 20.

indessen, der häufigste und wichtigste unter allen, bedarf noch einer genaueren Erörterung. Ein solches anomalisches Recht nämlich könnte man auch dazu benutzen wollen, nicht eben um die darin liegende Ausnahme zu erweitern, sondern um eine ähnliche, wirklich unentschiedene, Rechtsfrage darnach zu entscheiden. Dann wäre der Fall der Analogie wirklich vorhanden, und der eben geltend gemachte Grund der Verwerfung würde nicht mehr passen. Und dennoch darf auch in einem solchen Fall gerade der anomalische Rechtssatz zur Entscheidung nach Analogie nicht benutzt werden, sondern es ist dazu ein verwandter Satz des regelmäßigen Rechts aufzusuchen. Denn das ganze Verfahren nach Analogie beruht ja lediglich auf dem inneren Zusammenhang des Rechtssystems; die anomalischen Rechtssätze aber sind aus fremdartigen Principien entsprungen, und dem Rechtssystem blos eingefügt (§ 16), weshalb ihnen die organisch bildende Kraft des regelmäßigen Rechts nicht zugeschrieben werden kann.

Die Römer haben von der Ergänzung des Rechts durch Analogie sehr richtige Ansichten, nur unterscheiden sie in der Anwendung derselben nicht überall die Fortbildung des Rechts von der reinen Auslegung; von dieser Vermischung werden die Gründe weiter unten angegeben werden. Auch nach ihrer Lehre soll bei jeder unentschiedenen Rechtsfrage das gegebene Recht, nach dem Gesetz der inneren Ähnlichkeit und Verwandtschaft, zu der ge-

suchten Entscheidung erweitert werden (c). Die Formen, unter welchen diese organische Erweiterung des Rechts bewirkt wird, sind vorzüglich Fictionen (d) und utiles actiones. Dadurch wird zugleich der innere Zusammenhang des Neuen mit dem Alten gesichert, und so die systematische Einheit des gesammten Rechts erhalten. Ein Beyspiel, worin dieses Verfahren im Großen anschaulich wird, ist die Bonorum possessio, die in ihrer völligen Ausbildung ganz als eine Fiction der hereditas gedacht werden muß (e). — Auf das Bestimmteste aber erklären sich die alten Juristen gegen die analogische Erweiterung bey jedem Jus singulare (f). Diese allgemeine Verwerfung wird auch im Einzelnen durch mehrere merkwürdige Anwendungen bestätigt. Wer z. B. eine Sache von einem Wahnsinnigen kauft, den er für vernünftig hält, hat anomalisch das Recht der Usucapion: man würde aber irren,

(c) *L.* 12 *de Leg.* (1. 3.) „ad similia procedere" *L.* 27 *eod.* „quae quandoque similes erunt." *L.* 32 *pr. eod.* „quod proximum et consequens ei est." *L.* 2 § 18 *C. de vet. j. enucl.* (1. 17.), wo K. Hadrian sagt, die allmälige Ergänzung des Edicts solle geschehen „ad ejus regulas, ejusque conjecturas et imitationes." — Justinian selbst erwähnt diesen Fall, nicht unter dem praetermissum in § 16 eod. (welches die weggelassenen Stellen alter Juristen sind), sondern unter den neuen negotia in § 18. Wie er ihn behandelt wissen will, wird unten gezeigt werden.

(d) Vgl. besonders Gajus IV. § 10. § 33—38.

(e) Ulpian. XXVIII. § 12. *L.* 2 *de B. P.* (37. 1.). *L.* 117 *de R. J.* (50. 17.)

(f) *L.* 14 *de Leg.* (1. 3.) „Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias" (wiederholt in *L.* 141 *pr. de R. J.*). *L.* 162 *de R. J.* (50. 17.). „Quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi."

wenn man diesen Kauf auch in anderen Beziehungen als ein gültiges Geschäft behandeln wollte (g). Wer eine Sache, in deren Usucapion er begriffen ist, als Pfand weggiebt, setzt dennoch anomalisch die Usucapion fort: es wäre aber irrig, ihm der Consequenz wegen nun auch noch irgend andere Besitzrechte zuschreiben zu wollen, da diese vielmehr insgesammt dem Gläubiger zukommen (h). Wenn dagegen in manchen anderen Anwendungen dennoch eine analogische Erweiterung anomalischer Rechtssätze vorkommt, so beruht diese auf der Vermischung der Auslegung mit der Fortbildung des Rechts, wovon sogleich weiter die Rede seyn wird.

§. 47.

Aussprüche des Römischen Rechts über die Auslegung.

Wenn das Römische Recht die entscheidende Kraft der authentischen Auslegung anerkennt (a), desgleichen auch die der usuellen (b), so liegt darin keine eigenthümliche Rechtsansicht, es ist vielmehr eine einfache Folge davon, daß überhaupt Gesetz und Gewohnheit als Rechtsquellen anerkannt werden. Alles kommt darauf an, welche Stellung die sogenannte doctrinelle Auslegung (§ 32), die allein wahre Auslegung ist, erhalten soll, und darüber wird

(g) *L.* 2 § 16 *pro emtore* (41. 4).

(h) *L.* 16 *de usurp.* (41. 3.), *L.* 36 *de adqu. poss.* (41. 2.) — Ein ähnliches Verfahren findet sich in *L.* 23 § 1. *L.* 44 § 1 *de adqu. poss.* (41. 2.). *L.* 43 § 3 *de fid. lib.* (40. 5.).

(a) *L.* 12 § 1 *C. de Leg.* (1. 14.).

(b) *L.* 23. 37. 38. *de legibus* (1. 3.).

durch die bloße Anerkennung einer authentischen und usuellen noch gar Nichts entschieden.

Über die eigentliche Auslegung nun geben die alten Juristen in den Digesten Regeln, die größtentheils schon oben, in Verbindung mit der von mir aufgestellten Auslegungslehre, benutzt worden sind, indem diese Verbindung zur gegenseitigen Ergänzung und Erläuterung dienen konnte. Diese Regeln sind an sich gut, wie man sie von ihren Urhebern erwarten kann, aber unzulänglich, und besonders auf den eigenthümlichen Fall der Justinianischen Rechtsbücher, den Jene nicht ahnen konnten, nicht berechnet. — Vergleicht man mit dieser von ihnen aufgestellten Theorie ihre eigene Praxis, so stimmt dieselbe nicht völlig damit überein. Sie geht oft weit über die Gränzen wahrer Auslegung hinaus, und nimmt den Character einer wahren Fortbildung des Rechts an. Insbesondere geben sie ausdehnende Erklärungen aus dem Grund des Gesetzes, die nicht blos den Ausdruck berichtigen, sondern das Gesetz selbst verbessern sollen, was also nicht mehr Auslegung ist: ja sie erweitern nach Analogie nicht selten auch ein Jus singulare, obgleich dieses mit ihrem eigenen bestimmt ausgesprochenen Grundsatz (§ 46) in geradem Widerspruch steht (c). Diese Widersprüche erklären sich aus der eigen-

(c) So dehnten sie das Veräußerungsverbot des fundus dotalis auf den Bräutigam aus. *L. 4 de fundo dot.* (23. 5.). — Desgleichen die freye Form des Militärtestaments auf Civilpersonen in Feindes Land. *L. un. de B. P. ex test. mil.* (37. 13.). — Desgleichen die Competenzbefugniß des Ehemannes auf die

thümlichen Stellung der Römischen Juristen, welche allerdings auch die Fortbildung des Rechts unmittelbarer in ihre Hände legte, als dieses bey uns angenommen werden kann (§ 19). So heißt denn auch bey ihnen Interpretatio keinesweges blos eigentliche Auslegung, sondern überhaupt Lehre, Überlieferung, also Alles was oben als wissenschaftliches Recht bezeichnet worden ist (§ 14. 19. 20.), und zwar in der freyeren Behandlung, wie sie gerade in Rom angenommen werden konnte (d). Indessen mögen auch schon die alten Juristen selbst die unsichere Gränze erkannt haben, die dadurch zwischen ihrem eigenen Beruf, und den Befugnissen des Prätors oder gar des Kaisers entstehen mußte; so scheint es zu erklären, wenn sie es in manchen Stellen unbestimmt lassen, ob eine Erweiterung des Rechts durch sie selbst, oder vielmehr durch den Prätor oder Kaiser zu bewirken sey (e). — Aber selbst abgesehen von dieser größeren Freyheit, die den Römischen Juristen, in Vergleichung mit den unsrigen, eingeräumt war, hatten sie auch ausgedehntere Mittel der Auslegung, indem sie der Entstehung ihrer Rechtsquellen so nahe standen, also unmittelbar wissen konnten, wie mancher an sich nicht hinreichend bestimmte Ausdruck gemeynt

Ehefrau. *L.* 20 *de re jud.* (42. 1). — In diesen drey Fällen ist es ein Jus singulare, welches erweitert wird.

(d) Über diese Bedeutung von Interpretatio vgl. *L.* 2 § 5 *de O. J.* (1. 2.). Hugo Rechtsgeschichte S. 441 der 11. Ausg. Puchta Gewohnheitsr. I. S. 16 fg.

(e) *L.* 11 *de leg.* (1. 3.) „*aut* interpretatione *aut* constitutione optimi principis“ ... *L.* 13 *eod.* „*vel* interpretatione *vel certe* jurisdictione suppleri.“

war, und in welchem Sinn er gleich von seinen Urhebern angewendet wurde (f). — In allen diesen Beziehungen stehen wir anders als sie, besonders wenn wir nicht unsre einheimischen Gesetze, sondern die uns so fern stehenden Justinianischen auszulegen haben. Unsere Lage ist darin ungleich schwieriger; aber hier, wie in vielen anderen Fällen, ist die durch die Schwierigkeit gebotene Anstrengung nicht ohne Frucht geblieben. Der Begriff und die Gränze wahrer Auslegung ist dadurch unter uns zu einer schärferen Ausbildung gelangt, als jemals bey den Römern, denen eine gleiche Nothwendigkeit nicht auferlegt war.

Unter den Kaisern traten allmälig, besonders seit der Mitte des dritten Jahrhunderts unsrer Zeitrechnung, völlig veränderte Verhältnisse ein. Die Fortbildung des Rechts durch Edicte der Obrigkeiten hörte auf, und die freye Stellung des Juristenstandes wäre kaum mehr mit der völlig entwickelten Kaiserlichen Gewalt vereinbar gewesen;

(f) So z. B. hatte der Prätor für den Fall einer *operis* novi nunciatio ein Interdict versprochen (*L.* 20 *pr. de O. N. N.* 39. 1.). Das wurde ausgelegt blos von einer Veränderung des Bodens, und zwar blos von einer solchen, die an einem Gebäude statt fand (*L.* 1 § 11. 12 *eod.*). — An einem andern Orte sagte das Edict: quod vi aut clam *factum est* (*L.* 1 *pr. quod vi* 43. 24.). Auch das wurde ausgelegt blos von einem opus in solo, aber diesesmal nicht blos an Gebäuden, sondern auch an Aeckern, Bäumen u. s. w. (*L.* 7 § 5 *eod.*). Diese Beschränkungen und Unterschiede lagen nicht in den Worten, noch weniger waren sie willkührlich: sie gründeten sich auf die traditionelle Bekanntschaft mit den Fällen und Bedürfnissen, wofür durch das eine und das andere Edict gesorgt werden sollte.

doch konnte davon bald schon deswegen nicht mehr die Rede seyn, weil die Rechtswissenschaft nur noch in den Büchern der alten Juristen fortlebte, persönliche Nachfolger derselben aber kaum noch vorhanden waren. Nun wäre höchstens noch eine Auslegung der Richter möglich gewesen, und es kann weniger auffallen, wenn selbst diese unter ganz neue und willkührliche Bestimmungen gestellt wurde. Vollendet wurden diese erst durch Justinian aber der Anfang dazu findet sich schon weit früher. — So verordnet Constantin (g): Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere. Das heißt: „wenn durch Auslegung irgend ein Satz der aequitas gegen das strenge Recht neu eingeführt werden soll, so darf das nur vom Kaiser selbst geschehen.“ Offenbar ist hier nicht von reiner Auslegung, sondern von Fortbildung, und zwar von einer Eroberung der aequitas in dem Gebiet des bisher geltenden strengen Rechts die Rede. Dieses Verfahren, welches sonst regelmäßig vom prätorischen Edict, sehr oft auch von den Juristen, ausgegangen war, wird jetzt dem Kaiser vorbehalten. Darin liegt Nichts, was man nicht nach der veränderten Verfassung ohnehin schon erwarten möchte. — Eine Verordnung von Valentinian und Martian sagt, der Kaiser habe in den Gesetzen Dunkelheiten zu entfernen, und Härten zu mildern. Theils wird aber hier dieser

(g) *L. 1 C. de leg.* (1. 14.), oder (neu entdeckt). — Vgl. oben *L. 3 C. Th. de div. rescr.* (1. 2.) § 36 Note f.

Beruf des Kaisers nicht als ganz ausschließend bezeichnet, sondern nur auf das längst übliche Verfahren durch Consultationen, als den sichersten Weg verwiesen, theils könnte man, nach der Verbindung beider Sätze, wohl annehmen, es sey nur von solchen Gesetzerklärungen die Rede, die zugleich eine Milderung, also eine wahre Änderung des Rechts, in sich schlössen (h). — Endlich wird verordnet, Zweifel über ein neues, noch nicht durch Gewohnheit festgewordenes Recht müßten dem Kaiser vorgelegt werden (i). Es ist aber dabey unbestimmt gelassen, ob von einem Zweifel über Gesetzauslegung, oder etwa gerade über das Daseyn eines vollendeten Gewohnheitsrechts, die Rede seyn soll.

Ungleich entschiedener und durchgreifender sind die Verordnungen, die über diesen Gegenstand Justinian selbst gegeben hat. Die erste ist erlassen im J. 529, bald nach der Einführung des älteren Codex (k). Der Gang ihrer Gedanken ist kurz folgender: „Wir finden in alten Gesetzen (l) einen Zweifel darüber, ob die vom Kaiser aus-

(h) *L* 9 *C. de leg.* (1. 14.) „... Si quid vero in iisdem legibus .. obscurius fuerit, oportet id Imperiali interpretatione patefieri, duritiamque legum nostrae humanitati incongruam emendari." Es ist der etwas umgebildete Anfang von Nov. Martiani 4, worin freylich gerade die letzten Worte (von duritiamque an) nicht stehen.

(i) *L.* 11 *C. de leg.* (1. 14.), von Leo und Zeno.

(k) *L.* 12 § 1 *C. de leg.* (1. 14.).

(l) „In veteribus legibus invenimus dubitatum." Damit können wohl nur Stellen alter Juristen gemeynt seyn: vielleicht Stellen aus der ersten Zeit der Kaiserregierung, als die bindende Kraft der Rescripte noch

gehenden Gesetzauslegungen verbindliche Kraft haben. Dieser spitzfindige Zweifel ist aber ganz lächerlich, und wird durch gegenwärtige Vorschrift beseitigt. Jede vom Kaiser ausgehende Gesetzauslegung, sie mag erfolgen in einem Rescript (sive in precibus), oder in einem Kaiserlichen Urtheil (sive in judiciis) (m), oder auf irgend eine andere Weise (also z. B. in einem authentisch interpretirenden Gesetz) soll als bindend und unfehlbar gelten. Denn da in der gegenwärtigen Verfassung der Kaiser allein Gesetze geben kann, so kann auch nur er sie auslegen. Warum würde auch sonst von allen über ein Gesetz zweifelnden Richterbehörden bey ihm angefragt, wenn nicht er allein die Befugniß zur Auslegung hätte? (n). Oder wer könnte die Dunkelheiten der Gesetze wegräumen, als der welcher allein Gesetze geben kann? Hinfort mögen also alle lächerliche Zweifel schwinden, und es soll der Kaiser als einziger Gesetzgeber nicht nur, sondern auch als einziger Interpret anerkannt werden. Doch soll diese Vorschrift dem Recht keinen Abbruch thun, welches hierin den alten Ju-

nicht unzweifelhaft anerkannt war, also gewiß älter als Gajus.

(m) Die Worte lassen eine zwiefache Deutung zu. Preces kann alle Rescripte bedeuten, Judicia die Decrete, so daß für die übrigen Arten die Edicte und Mandate übrig bleiben. Man kann aber auch Preces auf die Privatrescripte beschränken, so daß Judicia neben den Decreten auch noch die Rescripte im Consultationenproceß umfaßte. Die erste Erklärung scheint mir jedoch einfacher und natürlicher, um so mehr da das Principium der Stelle blos von Decreten handelt, also diese besonders heraushebt.

(n) „Si non a nobis interpretatio mera procedit?“

risten von den Kaisern verliehen worden ist" (o). — In dieser Verordnung liegen zwey ganz verschiedene Sätze: erstlich die verbindliche Kraft der Kaiserlichen Auslegung, in welcher Form sie auch geschehe; zweytens das Verbot jeder Privatauslegung. Dieses letzte ist nun eigentlich das Neue und Wichtige; aber auch das erste bedarf noch einiger Erläuterung. In dieser Hinsicht will hier Justinian augenscheinlich nichts Neues vorschreiben, sondern nur das einschärfen und gegen nichtige Zweifel sichern, was sich eigentlich ohnehin von selbst verstehe. Darum bestimmt er hier auch Nichts über die Art der Wirksamkeit dieser Kaiserlichen Auslegungen, sondern er läßt es hierin ganz bey der bisherigen Verfassung. Also die Auslegung in einem Edict sollte bindend seyn für Alle, so wie jedes Gesetz: die in einem Decret, wenn es ein Endurtheil war, gleichfalls für Alle, also auch für künftige andere Fälle, wie es das Principium dieser Stelle festsetzt: die in einem Interlocut nur für diesen einzelnen Fall: endlich die in einem Rescript (welches ja nie publicirt wurde) gleichfalls nur für den einzelnen vorliegenden Fall. Es ist also durchaus unrichtig, wenn manche annehmen, die interpretirenden Rescripte sollten nach dieser Verordnung auch für künftige andere Fälle Gesetzeskraft haben (§ 24), so wie

(o) Das heißt: „die in den Schriften von Papinian u. s. w. enthaltenen Auslegungen sollen noch ferner diejenige gesetzliche Kraft haben, die ihnen die Verordnung von Valentinian III. beylegt." Diese Verordnung nämlich wurde erst vier Jahre später, durch die Promulgation der Digesten, außer Kraft gesetzt.

es das Principium allerdings für die Decrete, wenn sie Endurtheile sind, vorschreibt: vergleicht man beide Theile der Stelle mit einander, so kann man über die gänzliche Verschiedenheit des Ausdrucks, wie der Gründe der Behandlung beider Fälle, nicht zweifelhaft seyn.

Die zweyte Verordnung Justinians über die Auslegung findet sich mitten in dem Publicationspatent über die Digesten vom J. 533, d. h. in L. 2 § 21 C. de vet. jure enucl. (1. 17.). Sie steht in Verbindung mit dem Verbot, juristische Bücher zu schreiben (§ 26), und ergänzt dasselbe auf folgende Weise: „Eigentliche Bücher, insbesondere Commentare über die Gesetze, werden verboten. Findet sich aber irgend ein Zweifel über den Sinn eines Gesetzes (p), so sollen diesen die Richter dem Kaiser zur Entscheidung vortragen, denn dieser ist, wie der einzige Gesetzgeber, so auch der einzige rechtmäßige Interpret (q).

§. 48.

Aussprüche des Römischen Rechts über die Auslegung. (Fortsetzung.)

Beide übereinstimmende Gesetze sind von so schroffem Inhalt, daß man augenblicklich Bedenken haben könnte,

(p) „Si quid vero ... *ambiguum* fuerit visum" etc. Das darf keineswegs blos von zweydeutigen Ausdrücken eines Gesetzes verstanden werden, die ja von Justinians Standpunkt aus unmöglich als etwas Besonderes angesehen werden konnten, sondern es bezeichnet Zweifel und Schwierigkeiten jeder Art, also alles Auslegungsbedürfniß überhaupt, gerade wie die omnes ambiguitates judicum in *L.* 12 § 1 *cit.*

(q) „Cui soli concessum est leges *et condere et interpretari.*"

sie ganz buchstäblich zu nehmen. Allein jeder Zweifel muß verschwinden vor der öfter wiederholten ausschließenden Befugniß des Kaisers zur Auslegung, noch mehr aber vor der stets wiederkehrenden Parallele zwischen Gesetzgebung und Auslegung: denn da gewiß Keiner als der Kaiser Gesetze geben konnte, so sollte (wegen der völligen Gleichstellung beider Geschäfte) auch Keiner als er sie auslegen dürfen. Und in der That lag darin nur eine consequente Durchführung desselben Grundsatzes, welcher auf das Verbot jeder künftigen Rechtswissenschaft führte (§. 26). Zwar denken ließe sich noch neben diesem Verbot eine den Richtern gestattete freye Auslegung; daß es Justinian nicht so gemeynt hat, ist ganz klar aus der zweyten Verordnung, welche gerade den Richtern für jeden Zweifel über den Sinn eines Gesetzes die Anfrage bei dem Kaiser schlechthin zur Pflicht macht. Auch consequenter war es so, wie Justinian es wirklich einrichtete. Es sollte nun Jedem, der mit den Gesetzen in Berührung kam, Lehrer oder Richter, nur ein mechanisches Verfahren erlaubt, jede freye Geistesthätigkeit schlechthin verboten seyn. Alle diese Vorschriften waren sichtbar aus Einem Stück. — Zwar könnte man es für inconsequent halten, daß Justinian zugleich vorschreibt, bey scheinbaren Widersprüchen subtili animo eine Vereinigung zu suchen (§ 44); allein dieses darf bei ihm nicht als scharfsinnige Auslegung gedacht werden, die gewiß nicht in seinem Sinne ist, sondern als ein Herumsuchen nach einem versteckten Wort, worin die Ver-

schiedenheit der Fälle angedeutet werde, folglich wieder als ein blos mechanisches Geschäft. Ferner könnte es inconsequent scheinen, daß in die Digesten so viele in einem weit freyeren Sinn gedachte Anweisungen zur Auslegung aufgenommen sind, wenn der Richter diese nicht sollte anwenden dürfen. Allein stehen nicht neben diesen Anweisungen auch Regeln über die Abfassung der Gesetze (a)? Und doch wollte Justinian damit gewiß nicht seinen Unterthanen eine Theilnahme an der Gesetzgebung anbieten. Jene und diese Regeln sollten zunächst ankündigen, in welcher Weise der Kaiser Gesetze geben und auslegen werde: dann auch zugleich als Anweisung dienen für diejenigen Beamten, die in diesen Geschäften von ihm gebraucht werden würden. Darin lag also keine Inconsequenz.

Unsere Schriftsteller freylich haben für diese Verordnungen folgende mildere Deutung versucht. Die wahre, auf hermeneutischen Regeln beruhende, Auslegung soll völlig frey geblieben seyn. Nur bey ganz unverständlichen, verzweifelten Gesetzen, bey welchen alle Hermeneutik nicht anschlagen will, sollen jene Verordnungen die Auslegung für ein kaiserliches Reservat erklären (b). Allein

(a) *L.* 3. 4. 5. 6. 7. 8 *de leg.* (1. 3.). *L.* 2 *de const. princ.* (1. 4.).

(b) Thibaut logische Auslegung S. 25. 47. 112. Hufeland Geist des Römischen Rechts I. S. 121. Mühlenbruch I. §. 54. — Hufeland hat noch das Eigenthümliche, daß er diese Erklärung auf *L.* 2 § 21 *cit.* beschränkt; die *L.* 12 § 1 *cit.* dagegen erklärt er S. 46—51 so, daß das Verbot nur für den Fall gelten soll, wenn der Kaiser bereits wirklich ausgelegt hat. Von dieser Beschränkung enthält aber die Stelle keine Spur, ja sie wird völlig widerlegt durch den Grund, wodurch

zuvörderst glaube ich nicht, daß es Gesetze giebt, woran die Auslegungskunst gänzlich verzweifeln müßte. Besonders aber im Munde von Justinian ist eine Verordnung dieses Inhalts ganz undenkbar. Justinian ist von dem Selbstgefühl wegen des glänzenden Erfolgs seiner Unternehmung so durchdrungen, daß er bestimmt erklärt, seine Gesetzbücher enthielten durchaus keine Widersprüche, die doch bey dem größten Fleiße schwer zu verhüten waren. Und er sollte daneben annehmen, in diesen vollkommenen Gesetzbüchern fänden sich ganz unverständliche, also äußerst schlechte Gesetze? Er sollte diesen Fall als so wichtig und häufig ansehen, daß er es nöthig fände, in zwey verschiedenen Jahren darüber Verordnungen zu erlassen? Alle allgemeine Betrachtungen also machen diese Erklärung ganz verwerflich: unglaublich schwach aber sind die speciellen Gründe, die man zu ihrer Rechtfertigung angeführt hat. In L. 9 C. de leg., sagt man, steht: si quid .. *obscurius* fuerit; das bezeichne eine undurchdringliche Dunkelheit. Allein, abgesehen davon, daß der Ausdruck gerade nicht in Justinians eigenen Verordnungen vorkommt, von deren Sinn hier allein die Rede ist, hat auch dieser absolut gebrauchte Comparativ vielmehr eine mildernde Bedeutung; es heißt: einigermaßen dunkel, nicht ganz klar. Ferner, sagt man, nennt die ältere Verordnung das, was

die Vorschrift außer Zweifel gesetzt werden soll: „wozu die Anfragen, wenn nicht der Kaiser allein zur Auslegung berufen wäre?“ Zur Zeit einer Anfrage hatte der Kaiser gewiß noch nicht ausgelegt.

sie dem Kaiser vorbehält: legum aenigmata solvere; das heiße: das unerklärliche erklären. Allein im Begriff des Räthsels liegt so wenig die Unauflöslichkeit, daß vielmehr die Räthsel nur zum Zweck der Auflösung erfunden zu werden pflegen. Auch ist es aus anderen Stellen von Justinian klar, daß in seiner etwas schwülstigen Sprache aenigma jede Schwierigkeit, keinesweges blos die unbezwingliche, bezeichnet (c). Jene Erklärung der Justinianischen Verordnungen erscheint also von allen Seiten so ganz unhaltbar, daß deren treffliche Vertheidiger gewiß nicht ihre Zuflucht dazu genommen hätten, wären sie nicht durch das Gefühl der äußersten Noth dazu getrieben worden; von dieser Noth aber und von den Hülfsmitteln dagegen kann erst in dem folgenden §. die Rede seyn.

Nachdem jetzt der Sinn von Justinians Vorschriften festgestellt worden ist, muß noch hinzugefügt werden, wie er sich die Ausführung dachte, wodurch sie ins Leben treten sollten. Das ist klar, daß bey jedem Zweifel über

(c) In *L. un. C. de nudo j. quir.* (7. 25.) heißt es: nec *jure Quiritium* nomen quod nihil ab aenigmate discrepat. Wir kennen den Sinn dieses Kunstausdrucks schon durch Ulpian ganz leidlich, seit Gajus noch viel besser; in Justinians Zeit, wo man so viele vollständige Institutiones u. s. w. hatte, war die Schwierigkeit noch weit geringer. — Eben so verbietet *L.* 1 § 13 *C. de vet. j. enucl.* (1. 17.) die siglorum compendiosa aenigmata. Die Bedeutung der Siglen aber konnte man von jedem Abschreiber erfahren, auch gab es schon damals Schriften, worin sie erklärt waren, namentlich die des Valerius Probus. — In beiden Stellen also heißt aenigma nicht etwas Unerforschliches, sondern etwas das man lernen muß, das man nicht schon durch die tägliche Erfahrung, also nicht ohne einige Anstrengung, kennen lernt.

den Sinn eines Gesetzes angefragt werden sollte. Diese Anfragen aber sollten nicht etwa zu authentischen Auslegungen durch Edicte führen, sondern nur zu Rescripten, die für den vorliegenden Fall bindende Kraft hatten, nicht weiter. Und dieser Zustand der Dinge scheint sich auch in der folgenden Zeit unverändert erhalten zu haben. Denn als Justinian, Acht Jahre nach Einführung der Digesten, die Privatrescripte in der Novelle 113 für unverbindlich erklärte (§ 24), setzte er ausdrücklich hinzu, die Anfragen und Rescripte wegen Gesetzauslegung sollten wie bisher fortbestehen. Noch später (im J. 544) verbot die Novelle 125 auch die Consultationen (§ 24), und zwar ohne jenen ausdrücklichen Vorbehalt. Dennoch muß derselbe stillschweigend hinzugedacht werden. Denn es ist völlig undenkbar, daß Justinian die Privatauslegung, die er wiederholt und auf die feyerlichste Art verboten hatte, nunmehr indirect und gleichsam verstohlnerweise wieder frey gegeben haben sollte. Ohne Zweifel also gieng das Verbot nur auf die eigentlichen Consultationen, die den Kaiser veranlaßten den Rechtsstreit selbst zu entscheiden, also anstatt des Richters (so wie es unsre Facultäten thun) ein Urtheil abzufassen. Die Anfragen wegen Gesetzauslegung sollten dadurch nicht berührt seyn.

Indessen ist dieser von Justinian klar vorgeschriebene Geschäftsgang nicht ohne praktische Schwierigkeit. Man könnte denken, er hätte durch Anfragen so überhäuft werden müssen, daß an übriges Regieren kaum mehr zu den-

ken gewesen wäre. Täuschen wir uns dabey nicht durch die Wahrnehmung, daß auch die nicht besonders gelehrten unter unsern Richtern sich dennoch mit Justinians Gesetzen leidlich genug zurecht finden. Ihnen steht zur Seite die freundliche Hülfe irgend eines Collegienheftes oder Lehrbuches, welches ihnen die genießbare Frucht einer siebenhundertjährigen Arbeit und Überlieferung auf die gemächlichste Weise darbietet. Denken wir uns nun aber diese Arbeit von Sieben Jahrhunderten hinweg, und dann dem Corpus Juris gegenüber, blos auf eigene persönliche Kraft verwiesen, einen ungelehrten Richter, wie sie alle seyn würden, wenn Justinians Vorschriften über die Rechtswissenschaft bisher befolgt worden wären. Ich glaube, bey einem solchen Richter, wenn er nur gewissenhaft wäre, würden wenige Gerichtstage vergehen ohne Anfragen bey dem Gesetzgeber, der aber dann in einem großen Lande die Arbeit nicht mehr bezwingen könnte, die blos dazu erfordert würde, die Maschine der Rechtspflege im täglichen Gang zu erhalten. Dennoch muß sich dieser Erfolg in Justinians Reich nicht gezeigt haben; sonst hätte er schwerlich noch Acht Jahre nach Einführung der Digesten die Vorschrift der Anfragen zum Zweck der Auslegung wiederholen können (d), da man in dieser Zeit doch hinreichende Erfahrungen gesammelt haben konnte. Diese auffallende Erscheinung erklärt sich daraus, daß nicht selten ganz entgegengesetzte Kräfte zu demselben Ziele führen

(d) *Nov.* 113, *C.* 1 *pr.* von 541.

können. Geist und Kenntniß werden bey dem Richter, dem die Auslegung gestattet ist, nicht einmal das Bedürfniß einer Anfrage entstehen lassen. In Justinians Reich mögen sich die Richter, denen er die Auslegung verboten hatte, durch Gedankenlosigkeit und Willkühr geholfen haben, ohne zu häufigeren Anfragen zu schreiten, als der Kaiser zu erledigen im Stande war.

§. 49.

Praktischer Werth der Römischen Aussprüche über die Auslegung.

Nachdem die Bestimmungen des Römischen Rechts über die Auslegung dargestellt worden sind (§ 47. 48), ist nun zu untersuchen, welchen Werth dieselben, da wo überhaupt Römisches Recht gilt, für uns haben. Diese Frage ist offenbar verwandt mit der gleichnamigen, schon oben beantworteten, Frage über die Rechtsquellen (§ 27), aber zugleich auch von ihr verschieden. Denn dort war die Rede von der Erzeugung des Rechts, die an sich dem öffentlichen Rechte angehört; hier ist die Rede von der Aufnahme desselben, also von dem Verhalten der Einzelnen ihm gegenüber, und warum sollte nicht dafür, so gut wie für alles Andere was die Einzelnen betrifft, das Römische Recht die Regel darbieten können?

Nur müßte dabey schon aus formellen Gründen Eine Justinianische Constitution, die L. 3 C. de vet. jure enucleando, ausgeschlossen bleiben, weil diese unter die restituirten Stel-

len gehört (§ 17). Indessen ist diese Ausschließung ganz unerheblich, da jene Stelle doch nur die griechische Abfassung der unmittelbar vorhergehenden (L. 2 eod.) ist, also keinen eigenen, von dieser verschiedenen Inhalt hat.

Ein Theil der Stellen nun, welche man hierher zu rechnen pflegt, muß ohne allen Zweifel als entscheidend anerkannt werden; ich meyne diejenigen Verordnungen Justinians, worin er sich über die Bestimmung seiner Rechtsbücher und ihrer einzelnen Bestandtheile ausspricht. Wenn er z. B. sagt, die Stellen der Juristen in den Digesten, und die Rescripte im Codex, sollten nicht als bloße Belehrungen, sondern als wahre, von ihm selbst ausgehende Gesetze angesehen werden, so ist das weniger eine Auslegungsregel, als vielmehr Stück des Publicationspatentes; denn es betrifft nicht eigentlich das was wir zu thun haben, sondern den Sinn dessen was er selbst thut. Etwas ähnliches freylich, nur in viel entfernterer Weise, ließe sich auch von den eigentlichen Auslegungsregeln sagen, da dieselben in der That folgenden Sinn haben: „alle Stellen der Digesten und des Codex sollen verstanden werden nach den hier gegebenen Auslegungsregeln, denn unter Voraussetzung dieser Regeln habe ich die Stellen selbst aufgenommen. Eben so sollen verstanden werden meine künftigen Gesetze, und die Gesetze meiner Nachfolger, da wir unsre gesetzgebende Gewalt stets in dieser Voraussetzung ausüben werden.“ Dann wären die Auslegungsregeln in Beziehung auf jede einzelne Stelle gewisserma-

ßen selbst schon eine Art authentischer Interpretation. Diese Ansicht würde dann ferner zu folgender Unterscheidung führen. Die Römischen Auslegungsregeln wären anwendbar und gesetzlich bindend für Justinians Rechtsbücher, für seine Novellen, und für die Gesetze der folgenden griechischen Kaiser (wenn diese von uns recipirt wären); sie wären aber nicht anwendbar für das canonische Recht, die Reichsgesetze, und unsere Landesgesetze. Denn Justinian konnte doch unmöglich, wie durch ein legislatives Fideicommiß auf ewige Zeiten, bestimmen wollen, in welchem Sinn künftig Päbste, deutsche Kaiser, oder deutsche Landesfürsten, ihre gesetzgebende Gewalt ausüben würden (a).

So steht die Sache nach einer allgemeinen, blos formellen, Betrachtung, und den Römischen Auslegungsregeln wäre dadurch ein sehr ausgedehntes Gebiet der Herrschaft gesichert, nämlich über Justinians Rechtsbücher, welches gerade der wichtigste Fall der Anwendung ist. Allein sehen wir auf den besonderen Inhalt jener Regeln, so kommen wir vielmehr zu der Überzeugung, daß sie auch selbst in dieser Anwendung eine gesetzlich bindende Kraft

(a) Die Vergleichung mit folgendem Fall entgegengesetzter Art wird dieses noch anschaulicher machen. In das Preußische Landrecht hat K. Friedrich Wilhelm II. Regeln über die Auslegung aufnehmen lassen. Diese gelten für das Landrecht selbst, für spätere Gesetze desselben Königs, und für alle Gesetze seiner Nachfolger. Denn sein Gesetz ist auch für die Ausübung der Regentengewalt seiner Nachfolger so lange verbindend, bis sie es wieder aufgehoben haben. Auch hier also ist immer wieder entscheidend der Gegensatz des öffentlichen Rechts und des Privatrechts.

nicht haben. Die wichtigste unter allen diesen Regeln ist unstreitig die, welche wir in beiden Verordnungen von Justinian finden (§ 47. 48); sie sagt uns ganz deutlich, wie wir auslegen sollen, nämlich gar nicht. Gerade diese wichtigste Regel aber können wir als Gesetz aus zwey Gründen nicht anerkennen.

Erstens weil sie in unzertrennlicher Verbindung steht mit Justinians Verbot, juristische Bücher zu schreiben (§ 26). Diese Verbindung erhellt nicht blos aus dem Inhalt und Zweck beider Vorschriften, sondern auch aus ihrer Fassung, indem sie in der neueren Verordnung unmittelbar neben einander stehen, und zwar so, daß die eine als Folge und nähere Bestimmung der anderen ausgedrückt wird. Da nun das Verbot der rechtswissenschaftlichen Bücher als Gesetz für uns nicht gilt (§ 27), so kann auch das der Auslegung nicht gelten; denn wollten wir dieses, herausgerissen aus seinem Zusammenhang, einzeln gelten lassen, so wäre es ja in der That nicht mehr Justinians Vorschrift, sondern etwas das wir daraus willkührlich gemacht hätten, und worin sich blos der wörtliche Schein seiner Vorschrift wiederfände.

Zweytens weil ihre Ausführung für uns nicht etwa schwierig, sondern völlig unmöglich ist. Denn Justinian macht die Auslegung der Richter entbehrlich durch kaiserliche Rescripte, eine solche Anstalt aber findet sich in keinem neueren Staate. Man täusche sich nicht durch die

Aushülfe eines authentisch erklärenden Gesetzes (b); ein solches zu bewirken hat kein Richter die Macht, bis zu seiner Erscheinung mit dem Urtheil zu warten hat er nicht das Recht, vor Allem aber wäre es nicht das was Justinian will, sondern etwas ganz Anderes. Eben so täusche man sich nicht durch die Verweisung auf eine Gesetzcommission oder auf ein Justizministerium, welche allerdings in manchen Staaten solche Belehrungen zu ertheilen pflegen (c); denn auch dieses ist etwas ganz Anderes, und daß es bey Justinian mit der persönlichen Einwirkung des Kaisers auf die Auslegung wahrer Ernst war, geht aus dem, was wir von seiner Person wissen, deutlich genug hervor. Glauben wir aber einmal, uns über Justinians wirkliche Vorschrift durch irgend ein Surrogat wegsetzen zu dürfen, warum wollten wir dann auf halbem Wege stehen bleiben, und nicht lieber unsere natürliche Freyheit der Auslegung geltend machen?

Das Gefühl dieses Nothstandes war es, was die oben (§ 48) angegebene höchst gewaltsame Erklärung von Justinians Verordnungen veranlaßte; allein eine Rechtferti-

(b) Thibaut Abhandlungen S. 102. Vgl. dagegen Löhr, Magazin III. S. 208, der nur mit Unrecht daran Anstoß nimmt, daß die authentische Auslegung dann eine rückwirkende Kraft erhalten müßte. Diese hat sie aber jederzeit ohnehin, wie unten gezeigt werden wird. Vgl. einstweilen *Nov.* 143 *pr.*

(c) Eine solche, mit bindender Kraft interpretirende, Gesetzcommission bestand vormals im Preußischen Staate, ist aber späterhin aufgehoben worden. Vergl. unten § 51 Note c. Hier ist jedoch von Ländern des gemeinen Rechts die Rede.

gung für ein so ganz willkührliches Verfahren liegt darin nicht. Besser war es unstreitig zu sagen, Justinian habe die Privatauslegung in der That verboten, aber ein allgemeines Gewohnheitsrecht habe dieses Verbot wieder aufgehoben (d). Wenigstens kommt schwerlich in der ganzen Rechtsgeschichte ein Beyspiel vor, worin eine allgemeine Gewohnheit so unzweifelhaft wäre, als die der Privatauslegung von Irnerius an bis auf unsre Tage. Von unserm Standpunkt aus können wir freylich eine solche derogirende Gewohnheit nicht annehmen, da wir der Römischen Vorschrift schon an sich selbst keine Anwendbarkeit beylegen. Und eben diese Behauptung wird nun gerade durch die nachgewiesene Unmöglichkeit der Ausführung vollkommen bestätigt. Denn diese Unmöglichkeit gründet sich lediglich darauf, daß Justinian selbst sein Verbot in unzertrennliche Verbindung mit einer jetzt verschwundenen Staatsanstalt, den kaiserlichen Rescripten, gesetzt hat. Dadurch hat er dasselbe zu einem Stück des öffentlichen Rechts gemacht, und darum müssen wir dessen heutige Anwendbarkeit schon nach allgemeinen Grundsätzen verneinen (§ 1. 17.). — Vergleichen wir den letzten Erfolg der hier aufgestellten Ansicht mit dem, welcher aus jener gewaltsamen Erklärung von Anderen hergeleitet wird, so

(d) Ungefähr in dieser Art nimmt es Zachariä Hermeneutik S. 164, nur noch mit dem unrichtigen Zusatz, das Justinianische Recht selbst sey in diesem Punkt schwankend, indem einige Stellen die Auslegung zuließen, andere sie untersagten; dieses Schwanken sey durch unsre Praxis zu Gunsten der Zulässigkeit entschieden.

sind beide in der That nicht verschieden. Jene lassen Justinians Verbote als Gesetze gelten, beschränken sie aber auf den gar nicht existirenden Fall völlig sinnloser Gesetze. Hier ist der Sinn der Verbote in seiner vollen Ausdehnung anerkannt, zugleich aber ihre heutige Anwendbarkeit gänzlich geläugnet worden.

Alle diese Gründe betreffen nur Justinians Verbot der Auslegung; die in den Digesten enthaltenen Regeln könnten an sich auch für uns mit gesetzlicher Kraft bestehen. Doch halte ich es für consequenter, auch ihnen diese Kraft abzusprechen, und also die verschiedenen Bestimmungen des Justinianischen Rechts über die Auslegung als untrennbar stehen und fallen zu lassen. Jede Trennung dieser Art ist stets eine halbe Maaßregel: scheinbare Aufrechthaltung bey wesentlicher Umbildung; denn wer kann sagen, welche ganz andere Regeln Justinian gut gefunden hätte, wenn ihm überhaupt die Privatauslegung als zulässig erschienen wäre? Von praktischer Wichtigkeit ist diese Frage übrigens nicht. Denn ganz neue Vorschriften über die Auslegung, wodurch unsre allgemeinen Ansichten positiv umgebildet würden, finden sich in den Digesten nicht; durch unsre Behauptung aber soll weder ihnen das Ansehen einer Achtung gebietenden Autorität, noch uns die Belehrung, die wir aus ihnen schöpfen können, entzogen werden. Auch sind sie von mir auf solche Weise, neben der hier versuchten Theorie der Auslegung, schon bisher benutzt worden.

§. 50.

Ansichten der Neueren von der Auslegung (a).

Von abweichenden Ansichten neuerer Schriftsteller ist schon neben meiner eigenen Darstellung häufig die Rede gewesen. Am Schlusse sollen dieselben noch in einigen Hauptpunkten zusammengestellt werden, welche auf diese Lehre im Ganzen besonderen Einfluß ausüben.

Dahin gehört zuerst der fast allgemein herrschende Begriff der Auslegung als einer Erklärung **dunkler** Gesetze (b). Indem hier ein zufälliger und zwar mangelhafter Zustand der Gesetze zur Bedingung ihres Daseyns gemacht wird, erhält sie selbst die zufällige Natur einer bloßen Abhülfe von einem Übel, woraus von selbst folgt, daß sie in demselben Verhältniß entbehrlicher werden muß, als die Gesetze vollkommner werden (c). — Nun wird Niemand läugnen, daß bey dunklen Gesetzen die Ausle-

(a) Ich führe hier folgende Schriftsteller an, die theils besonders reichhaltiges Material darbieten, theils als Repräsentanten der gangbarsten Meynungen gelten können: Chr. H. Eckhard hermeneutica juris ed. C. W. Walch Lips. 1802. 8. — **Thibaut** Theorie der logischen Auslegung des R. R. 2te Ausg. Altona 1806. 8. — Mühlenbruch I. § 53—67. — Vorzüglich frey von herrschenden Vorstellungen, und reich an eigenen Gedanken, ist hier wie anderwärts Donellus I. 13. 14. 15.

(b) Forster de j. interpret. I. 1. Hellfeld § 29. Hofacker I. § 149. 151. 152. (**Hübner**) Berichtigungen und Zusätze zu Höpfner S. 173. **Hufeland** Lehrbuch des Civilrechts I. § 28. — Die Römer sahen die Sache anders an. *L.* 1 § 11 *de inspic. ventre.* (25. 4.). „Quamvis sit manifestissimum Edictum Praetoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus."

(c) Wörtlich erklärt dieses **Zachariä** Hermeneutik S. 160.

gung besonders wichtig und nöthig ist, und daß sich bey ihnen die Kunst des Auslegers oft besonders glänzend zeigen kann: auch beschäftigt sich aus diesem Grunde der größere Theil der hier aufgestellten Regeln mit dem Fall mangelhafter Gesetze (§ 35 fg.). Allein zwey Betrachtungen lassen uns dennoch jene Fassung des Grundbegriffs als zu beschränkt und für die ganze Lehre nachtheilig erscheinen. Erstens ist eine gründliche und erschöpfende Behandlung des kranken Zustandes unmöglich, wenn nicht die Betrachtung des gesunden, auf welchen jener zurück geführt werden soll, zum Grunde gelegt wird. Zweytens verschwindet uns durch jene Fassung des Begriffs gerade die edelste und fruchtbarste Anwendung der Auslegung, welche darauf ausgeht, bey nicht mangelhaften, also nicht dunklen Stellen den ganzen Reichthum ihres Inhalts und ihrer Beziehungen zu enthüllen; ein Verfahren, welches besonders bey den Digesten von so großer Wichtigkeit ist. — Wenn man übrigens diese willkührliche Beschränkung der Auslegung auf dunkle Gesetze zusammenhält mit der oben angeführten Meynung, nach welcher wiederum sehr dunkle Gesetze durch Justinian der Auslegung entzogen seyn sollen (§ 48), so ergiebt sich daraus die sonderbare Folge, daß Gesetze weder zu klar noch zu dunkel seyn dürfen, daß sie sich vielmehr auf einem schmalen Raume mittelmäßiger Dunkelheit befinden müssen, um als Gegenstände der Auslegung gelten zu können.

Zweytens gehört dahin die das ganze Gebiet beherr-

schende Eintheilung der Auslegung in **grammatische** und **logische** (d). Diese werden nicht etwa gedacht als Elemente jeder Auslegung, die überall zusammen wirken müssen, nur so, daß nach Umständen bald das eine, bald das andere Element ergiebiger werden kann (§ 33), sondern vielmehr als entgegengesetzt und einander ausschließend. Die grammatische soll nur nach dem Wortverstand, die logische nur nach der Absicht oder dem Grunde des Gesetzes verfahren: die grammatische soll als Regel gelten, die logische nur ausnahmsweise zugelassen werden. In dieser Entgegensetzung war nur das Eine deutlich gedacht und allgemein angenommen, die logische Auslegung sey eine solche, die sich nicht geringe Freyheiten herausnehme, und die man daher sehr unter Aufsicht halten müsse: im Übrigen wurde das Verschiedenartigste unter diesem Ausdruck zusammengestellt. So galt als logische Auslegung die Berichtigung des Ausdrucks nach dem wirklichen Gedanken des Gesetzes (§ 35 fg.): aber auch die Ergänzung nach Analogie: und endlich noch ein drittes, wovon sogleich weiter die Rede seyn soll. — Ist nun die eben gegebene Darstellung der in der Auslegung vorkommenden Aufgaben richtig und erschöpfend, so muß jene Eintheilung von selbst aufgegeben werden, deren Aufstellung und Bezeichnung den Gegenstand gewiß mehr verdunkelt als gefördert hat.

(d) Eckhard § 17. 23. **Thibaut** Pandekten 8te Ausg. § 45. 46. 50—52. **Thibaut** logische Auslegung § 3. 7. 17—29.

Drittens, was das wichtigste ist, hat man in das Gebiet der Auslegung eine Behandlung der Gesetze gezogen, die in der That als eine Abänderung derselben betrachtet werden muß, und die dennoch unter dem Namen der logischen Auslegung mit befaßt wurde. Es ist oben die Rede gewesen von einer Berichtigung des Ausdrucks durch Zurückführung auf den wirklichen Gedanken; hier wird eine Berichtigung des wirklichen Gedankens selbst versucht durch Zurückführung auf denjenigen Gedanken, den das Gesetz hätte enthalten sollen. Man geht nämlich auf den Grund des Gesetzes zurück, und wenn es sich findet, daß derselbe in seiner logischen Entwicklung auf Mehr oder Weniger führt, als das Gesetz enthält, so wird dieses durch eine neue Art von ausdehnender oder einschränkender Auslegung verbessert. Dabey ist es gleichgültig, ob der Gesetzgeber mit Bewußtseyn einen logischen Fehler gemacht hat, oder ob er nur versäumte, an die consequenten Anwendungen des Grundes zu denken, wodurch man ihn jetzt berichtigt; in welchem letzten Falle man also voraussetzt, er würde unfehlbar eben so verfügt haben, wenn man ihn nur auf diese Consequenzen aufmerksam gemacht hätte. — So erscheint wenigstens dieses Verfahren in vollständiger Durchführung. Es ist indessen auch mit der Modification geltend gemacht worden, daß zwar eine Ausdehnung nach dem Grund des Gesetzes geschehen dürfe, aber niemals eine Einschränkung (e); ein überzeu-

(e) Thibaut Pandekten § 51. 52. Er gestattet die Ausdehnung

gender Grund jedoch für diese Unterscheidung möchte schwerlich angegeben werden können.

Indem nun bey diesem Verfahren der Ausleger nicht den bloßen Buchstaben, also den Schein des Gesetzes, sondern den wirklichen Inhalt desselben zu verbessern unternimmt, stellt er sich über den Gesetzgeber, und verkennt also die Gränzen des eigenen Berufs; es ist nicht mehr Auslegung die er übt, sondern wirkliche Fortbildung des Rechts (f). Eine solche Gränzverwirrung zwischen wesentlich verschiedenen Thätigkeiten ist ein hinreichender formeller Grund, diese Art der Auslegung gänzlich zu verwerfen, und dem Richter, nach dem reinen Begriff seines Amtes, die Befugniß dazu abzusprechen. Dazu kommen aber noch zwey in die Sache selbst eingehende Bedenken. Das erste liegt in der häufigen Ungewißheit des Gesetzgrundes (§ 34); wo nun über dessen Natur ein Irrthum leicht möglich ist, da muß jenes Verfahren in gänzliche Willkühr ausarten, und alle Rechtssicherheit, wodurch außerdem die Gesetze so wohlthätig werden können, zerstört werden (g). Das zweyte Bedenken liegt in der Möglich-

in zwey verschiedenen Fällen, nach Grund und nach Absicht; die Einschränkung nur allein nach der Absicht. — Er nennt überhaupt Absicht das was ich als den wirklichen Gedanken des Gesetzes bezeichne.

(f) Die Wahrnehmung dieses unbefugten Verfahrens schlug dann bey Manchen zu der wiederum einseitigen Absicht um, nach welcher alle Auslegung überhaupt nicht dem Richter, sondern dem Gesetzgeber zustehe, der sie aber freylich delegiren könne. S. o. § 32 Note d.

(g) Das ist der wahre Sinn von *L.* 20. 21 *de leg.* (1. 3.). „Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi

keit von Mittelgliedern in der Gedankenreihe (§ 34), wodurch der Gesetzgeber ohne Inconsequenz bestimmt werden konnte, dem Gesetze ein weiteres oder engeres Gebiet anzuweisen, als worauf der Grund des Gesetzes zu führen schien. Man muß daher vorsichtig seyn gegen den täuschenden Schein logischer Sicherheit, womit dieses Verfahren angewendet zu werden pflegt (h). Nur wo diese materielle Bedenken durch gründliche Forschung gehoben werden können, darf eine solche Ausdehnung oder Einschränkung nach dem Grund des Gesetzes als consequente Fortbildung des Rechts (nicht als Auslegung) für zulässig und räthlich gehalten werden. Einer solchen Fortbildung aber steht auch selbst die Natur eines anomalischen Rechts nicht im Wege, obgleich dadurch die Anwendung der Analogie für den Richter ausgeschlossen werden mußte (§ 46).

Daß dennoch bey den neueren Schriftstellern dieses Verfahren als eine wahre Auslegung, und daher (mit mehr oder weniger Beschränkungen) als zulässig für den Richter angenommen zu werden pflegt, erklärt sich aus der sehr gewöhnlichen Verwechslung dieses Falles mit solchen scheinbar ähnlichen Fällen, worin ein freyeres Verfahren allerdings erlaubt und nothwendig ist. Dahin ge-

potest. — Et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur." — Das inquiri non oportet ist nicht zu verstehen als Einspruch gegen die Erforschung des Grundes an sich, sondern nur insoferne sie dazu angewendet werden soll, den wirklichen Inhalt zu modificiren.

(h) Treffende Bemerkungen hierüber finden sich bey Stahl Rechtsphilosophie II. S. 177.

hört erstlich die wahre ausdehnende und einschränkende Auslegung, wodurch der wirkliche Inhalt des Gesetzes nicht (wie hier) verbessert, sondern nur dem Schein des Buchstabens gegenüber behauptet und vertheidigt wird (§ 37). Ein zweyter ähnlicher Fall, womit jenes unrichtige Verfahren verwechselt wird, ist der der Analogie (§ 46). In diesem Fall aber fehlt es überhaupt an einer Rechtsregel, welche daher durch künstliche Erweiterung der vorhandenen Rechtsquellen ergänzt werden soll; bey jenem unrichtigen Verfahren dagegen ist eine Rechtsregel wirklich vorhanden, diese soll aber durch künstliche Ausdehnung eines anderen Gesetzes von der Anwendung auf den gegebenen Fall verdrängt werden. Der dritte Fall endlich, welcher zu einer solchen Verwechslung Gelegenheit zu geben pflegt, ist bisher noch gar nicht erwähnt worden. Er bezieht sich auf solche Handlungen, welche ein Gesetz zwar nicht dem Buchstaben, wohl aber dem Geist nach, verletzen (in fraudem Legis). Daß auf solche Handlungen das Gesetz bezogen werden muß, ist unzweifelhaft (i). Man pflegt dieses so zu denken, als müsse zu diesem Zweck das umgangene Gesetz durch Auslegung aus-

(i) *L.* 29 *de leg.* (1. 3.). „Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet: in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit." *L.* 5 *C. de leg.* (1. 14.). „Non dubium est, in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem. Nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra juris sententiam saeva praerogativa verborum fraudulenter excusat." — *L.* 21 *de leg.* (1. 3.). *L.* 64. § 1 *de condit.* (35. 1.).

gedehnt werden. Wenn z. B. wucherliche Zinsen unter dem Schein eines Kaufcontracts oder einer Conventionalstrafe versprochen werden, so nimmt man an, der Gesetzgeber habe diese Fälle nur nicht bedacht: wäre er darauf aufmerksam gemacht worden, so würde er in einem Zusatz zum Wuchergesetz auch diese Verträge verboten haben, und da er es unterlassen, müßten wir jetzt seiner Unbedachtsamkeit durch ausdehnende Auslegung zu Hülfe kommen. In der That aber steht die Sache ganz anders. Wir haben nicht das Gesetz zu interpretiren, welches ganz deutlich und zureichend ist, sondern die einzelne Handlung (k). Wenden wir auf diese den Grundsatz der Simulation an, so müssen wir den scheinbaren Kauf oder Strafvertrag als einen wirklichen Zinsvertrag behandeln, und wir berichtigen also in dieser Handlung durch unser Urtheil den Buchstaben nach dem wirklichen Gedanken. Es ist im Wesentlichen dasselbe Verfahren, welches in anderen Fällen bey Gesetzen anzuwenden ist (§ 37). Nur wird dieses Verfahren bey Rechtsgeschäften oft noch einen höheren Grad von Sicherheit mit sich führen. Denn bey Gesetzen haben wir mit einer Ungeschicklichkeit im Gebrauch des Ausdrucks zu thun, bey Rechtsgeschäften im vorliegenden Fall mit einer unredlichen Absicht; diese aber

(k) Man könnte einwenden, die Römischen Juristen hätten die Behandlung dieses Falles wirklich als Gesetzauslegung angesehen, wegen *L.* 64 § 1 *de condit.* (35. 1.), „*Legem* enim .. adjuvandam *interpretatione.*" Allein sie brauchen den Ausdruck interpretatio überhaupt in einem ausgedehnteren Sinn, für jedes wissenschaftliche Verfahren (§ 47 Note d).

wird oft weit sicherer aus den Umständen erkannt werden als jene. — Außer diesen Verwechslungen aber hat noch ein anderer Umstand zur Begünstigung der hier dargestellten unrichtigen Auslegungsart beygetragen: das Beyspiel der Römischen Juristen, die in der That dieses Verfahren anwenden, und dabey kein Bedenken finden. Allein eine Rechtfertigung für uns liegt darin auf keine Weise. Denn bey den Römern hängt es zusammen mit der ganz eigenthümlichen Stellung der Juristen, die ihnen einen so unmittelbaren Einfluß auf die Fortbildung des Rechts gewährte, wie er den unsrigen (seyen sie Schriftsteller oder Richter) nicht eingeräumt werden kann (l).

§. 51.
Aussprüche der neueren Gesetzbücher über die Auslegung.

Die neueren Gesetzbücher enthalten über die Auslegung noch weit weniger Bestimmungen als über die Rechtsquellen (§ 31). Das Französische Gesetzbuch sagt darüber gar Nichts; aber die dem Richter gegebene unbedingte Vorschrift, über jeden Rechtsstreit zu urtheilen ungeachtet der Dunkelheit eines Gesetzes, und die eigenthümliche Stellung des Cassationshofes, machen es unzweifelhaft wie dieser Gegenstand im Französischen Recht gedacht ist. Der Richter hat daselbst volle Freyheit der Auslegung, daneben aber wird die Gewißheit und Einheit des Rechts gegen

(l) Vgl. oben § 19 und § 37 Note q.

die Gefahr willkührlicher Auslegungen geschützt durch den über allen Gerichten stehenden Cassationshof, welcher seinen belehrenden und zügelnden Einfluß auch da noch ausüben kann, wo die Regeln des Prozesses eine wirksame Abänderung des einzelnen Urtheils nicht mehr gestatten. Diese Lösung der Aufgabe würde völlig genügen, wenn der Cassationshof das Recht hätte, anstatt eines cassirten Urtheils ein eigenes Urtheil zu sprechen. Er darf aber nur, nachdem er cassirt hat, die Entscheidung an ein anderes Gericht verweisen, so daß sich ein auf irrige Rechtssätze gebautes Urtheil und dessen Cassation in derselben Rechtssache mehrmals wiederholen kann. Dieses umständliche und kostspielige Verfahren ist dadurch entstanden, daß in der alten Verfassung das Cassationsverfahren gar nicht vor einem Gericht, sondern vor einer hohen Verwaltungsbehörde (dem conseil du Roi) Statt fand, welche nur die Gesetzverletzung verhüten, nicht selbst Recht sprechen sollte. Dieser Grund ist seit der Revolution verschwunden, indem nun ein besonderer Cassationshof besteht, der ein förmliches Gericht bildet, und gleiche Unabhängigkeit mit allen anderen Gerichten genießt. Man hat in neueren Zeiten gesucht, dem erwähnten Übel abzuhelfen. Die ersten Versuche dazu waren allerdings nicht genügend (a). Weit wirksamer ist das neueste Gesetz, welches nach der zweyten Cassation dasjenige Gericht, an welches nunmehr die Sache verwiesen wird, geradezu verpflichtet, in seinem

(a) Loi du 16 Septembre 1807. — Loi du 30 Juillet 1828.

Urtheil den vom Cassationshof ausgesprochnen Rechtssatz zum Grund zu legen (b).

Das Preußische Landrecht verordnet, der Richter solle den Gesetzen den Sinn beylegen, der aus den Worten und ihrem Zusammenhange, oder aus dem nächsten unzweifelhaften Grund des Gesetzes hervorgehe (c). Wichtiger war die, dem Justinianischen Gesetz sich annähernde, Bestimmung, der Richter solle jeden Zweifel über die Auslegung der Gesetzcommission anzeigen, und dann deren Entscheidung befolgen. Diese Vorschrift ist aber späterhin aufgehoben worden; nur soll der Richter, welcher jetzt unabhängig auslegt und entscheidet, seinen Zweifel dem Chef der Justiz anzeigen, damit davon für die Gesetzgebung Gebrauch gemacht werden könne (d). Im Fall einer Lücke der Gesetze ist der Richter angewiesen, nach den allgemeinen Grundsätzen des Landrechts, oder nach Verordnungen für ähnliche Fälle zu entscheiden; zugleich soll er die wahrgenommene Lücke anzeigen, damit sie durch ein neues Gesetz ausgefüllt werde (e). — In der Rheinprovinz, worin noch die Französische Gesetzgebung besteht, ist das Französische Verfahren dahin umgebildet worden, daß

(b) Loi du 1. Avril 1837. (Bulletin des lois IXe. Serie T. 14 p. 223) art. 2. „Si le deuxième arrêt ou jugement est cassé pour les mêmes motifs que le prémier, la cour royale ou le tribunal auquel l'affaire est renvoyée se conformera à la décision de la cour de cassation sur le point de droit jugé par cette cour.

(c) Allg. Landrecht Einleitung § 46.

(d) A. L. R. Einl. § 47. 48, und Anhang § 2.

(e) A. L. R. Einl. § 49. 50.

der Cassationshof, wenn er cassirt, zugleich selbst das neue Urtheil spricht. Außerdem ist aber auch für das ganze übrige Land neuerlich ein Cassationsverfahren unter dem Namen der Nichtigkeitsbeschwerde eingeführt worden, in welchem gleichfalls der Richter, welcher darüber erkennt (das Geheime Obertribunal), wenn er das vorige Urtheil vernichtet, zu gleicher Zeit selbst das Urtheil spricht (f).

Das Österreichische Gesetzbuch endlich verweist den Richter auf die eigenthümliche Bedeutung der Worte des Gesetzes in ihrem Zusammenhang, und auf die klare Absicht des Gesetzgebers. Fehlt ein Gesetz, so ist zu entscheiden nach den Gesetzen für ähnliche Fälle, und nach den Gründen verwandter Gesetze; reicht auch dieses nicht aus, nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen. Das Römische Verbot der Privatauslegung ist hier in die unbedenkliche Regel umgebildet, daß nur der Gesetzgeber ein Gesetz auf eine allgemein verbindliche Art erklären könne (g).

Fragen wir endlich, was in unsrer Lage und für unser Bedürfniß räthlich sey, so erscheint es als unbedenklich, jedem Richter die wahre Auslegung frey zu geben, dasjenige aber, was nur aus Misverständniß für Auslegung gehalten worden ist, in der Regel zu versagen. Da jedoch im Einzelnen die Gränze zwischen reiner Auslegung und eigentlicher Fortbildung des Rechts oft sehr zweifel-

(f) Verordnung vom 14. Dec. 1833 § 17 (Gesetzsammlung 1833 S. 306).

(g) Österreich. Gesetzbuch Einleit. § 6. 7. 8.

haft seyn kann (§ 37), so ist es wünschenswerth, daß irgend eine hoch stehende Gewalt vorhanden sey, in welcher beide Befugnisse vereinigt angetroffen werden, und deren Thätigkeit daher durch die Zweifel über jene Gränze nicht gehemmt seyn möge. Besteht eine zur Fortbildung des Rechts überhaupt angeordnete Behörde (§ 31), so ist es ohnehin unzweifelhaft, daß sie ihren Beruf auch da zu üben hat, wo das Daseyn einer zweifelhaften Gesetzauslegung dazu die Aufforderung giebt. Allein auch wo eine solche Behörde nicht besteht, oder auch außer und neben derselben, könnte das Recht dieser freyer waltenden Auslegung einem Gerichtshof unbedenklich anvertraut werden, der überhaupt eine ähnliche Stellung wie der Französische Cassationshof einnähme. Dieser würde dann einen ähnlichen Einfluß ausüben, und für die Rechtspflege ähnliche Vortheile darbieten, wie im alten Rom der Prätor und die Juristen, so daß ihm diejenige ausdehnende und einschränkende Auslegung besonders verliehen wäre, welche oben als ein dem reinen Richteramt nicht zukommendes Verfahren aus dem Gebiete wahrer Auslegung verwiesen werden mußte.

Zweytes Buch.
Die Rechtsverhältnisse.

Erstes Kapitel.
Wesen und Arten der Rechtsverhältnisse.

§. 52.
Wesen der Rechtsverhältnisse.

Die allgemeine Natur der Rechtsverhältnisse überhaupt, und wie sich dieselben in Verhältnisse des Staatsrechts und des Privatrechts gliedern, ist oben dargelegt worden (§ 4. 9). Das Wesen der dem Privatrecht angehörenden soll nunmehr weiter entwickelt werden; sie allein liegen in unsrer Aufgabe, und sie werden daher von nun an als Rechtsverhältnisse schlechthin, ohne beschränkenden Zusatz, von uns bezeichnet werden.

Der Mensch steht inmitten der äußeren Welt, und das wichtigste Element in dieser seiner Umgebung ist ihm die Berührung mit denen, die ihm gleich sind durch ihre Natur und Bestimmung. Sollen nun in solcher Berührung freye Wesen neben einander bestehen, sich gegenseitig fördernd, nicht hemmend, in ihrer Entwicklung, so ist dieses nur möglich durch Anerkennung einer unsichtbaren Gränze, innerhalb welcher das Daseyn, und die Wirk-

samkeit jedes Einzelnen einen sichern, freyen Raum gewinne. Die Regel, wodurch jene Gränze und durch sie dieser freye Raum bestimmt wird, ist das Recht. Damit ist zugleich die Verwandtschaft und die Verschiedenheit zwischen Recht und Sittlichkeit gegeben. Das Recht dient der Sittlichkeit, aber nicht indem es ihr Gebot vollzieht, sondern indem es die freye Entfaltung ihrer, jedem einzelnen Willen inwohnenden, Kraft sichert. Sein Daseyn aber ist ein selbstständiges, und darum ist es kein Widerspruch, wenn im einzelnen Fall die Möglichkeit unsittlicher Ausübung eines wirklich vorhandenen Rechts behauptet wird.

Das Bedürfniß und das Daseyn des Rechts ist eine Folge der Unvollkommenheit unsres Zustandes, aber nicht einer zufälligen, historischen Unvollkommenheit, sondern einer solchen, die mit der gegenwärtigen Stufe unsres Daseyns unzertrennlich verbunden ist.

Viele aber gehen, um den Begriff des Rechts zu finden, von dem entgegengesetzten Standpunkt aus, von dem Begriff des Unrechts. Unrecht ist ihnen Störung der Freyheit durch fremde Freyheit, die der menschlichen Entwicklung hinderlich ist, und daher als ein Übel abgewehrt werden muß. Die Abwehr dieses Übels ist ihnen das Recht. Dasselbe soll hervorgebracht werden, nach Einigen, durch verständige Übereinkunft, indem Jeder ein Stück seiner Freyheit aufgebe, um das Übrige sicher zu retten; oder, nach Anderen, durch eine äußere Zwangsanstalt,

welche allein der natürlichen Neigung der Menschen zu gegenseitiger Zerstörung Einhalt thun könne. Indem sie auf diese Weise das Negative an die Spitze stellen, verfahren sie so, als ob wir vom Zustand der Krankheit ausgehen wollten, um die Gesetze des Lebens zu erkennen. Der Staat erscheint ihnen als eine Nothwehr, die unter Voraussetzung einer verbreiteten gerechten Gesinnung als überflüssig verschwinden könnte, anstatt daß er hier nach unsrer Ansicht nur um so herrlicher und kräftiger hervortreten würde.

Von dem nunmehr gewonnenen Standpunkt aus erscheint uns jedes einzelne Rechtsverhältniß als eine Beziehung zwischen Person und Person, durch eine Rechtsregel bestimmt. Diese Bestimmung durch eine Rechtsregel besteht aber darin, daß dem individuellen Willen ein Gebiet angewiesen ist, in welchem er unabhängig von jedem fremden Willen zu herrschen hat.

Daher lassen sich in jedem Rechtsverhältniß zwey Stücke unterscheiden: erstlich ein Stoff, das heißt jene Beziehung an sich, und zweytens die rechtliche Bestimmung dieses Stoffs. Das erste Stück können wir als das materielle Element der Rechtsverhältnisse, oder als die bloße Thatsache in denselben bezeichnen: das zweyte als ihr formelles Element, das heißt als dasjenige, wodurch die thatsächliche Beziehung zur Rechtsform erhoben wird.

Allein nicht alle Beziehungen des Menschen zum Menschen gehören dem Rechtsgebiet an, indem sie einer sol-

chen Bestimmung durch Rechtsregeln empfänglich und bedürftig sind. Es lassen sich in dieser Hinsicht dreyerley Fälle unterscheiden. Menschliche Verhältnisse, die ganz, andere die gar nicht, noch andere die nur theilweise dem Rechtsgebiet angehören, oder durch Rechtsregeln beherrscht werden. Als Beyspiel für die erste Klasse kann das Eigenthum, für die zweyte die Freundschaft, für die dritte die Ehe gelten, da die Ehe zum Theil in das Rechtsgebiet fällt, theilweise aber außer demselben liegt.

§. 53.

Arten der Rechtsverhältnisse.

Das Wesen des Rechtsverhältnisses wurde bestimmt als ein Gebiet unabhängiger Herrschaft des individuellen Willens (§ 52). Wir haben also zunächst die Gegenstände aufzusuchen, worauf möglicherweise der Wille einwirken, also seine Herrschaft erstrecken kann; daraus wird eine Übersicht der verschiedenen Arten möglicher Rechtsverhältnisse von selbst folgen.

Der Wille kann einwirken erstlich auf die eigene Person, zweytens nach außen, also auf dasjenige, was wir in Beziehung auf den Wollenden die äußere Welt nennen müssen; dieses ist der allgemeinste Gegensatz unter den denkbaren Gegenständen jener Einwirkung. Die äußere Welt aber besteht theils aus der unfreyen Natur, theils aus den dem Wollenden gleichartigen freyen Wesen, das heißt aus fremden Personen. Und so erscheinen uns, in

blos logischer Betrachtung der aufgeworfenen Frage, drey Hauptgegenstände der Willensherrschaft: die eigene Person, die unfreye Natur, fremde Personen; hiernach würden, wie es scheint, drey Hauptarten aller Rechtsverhältnisse angenommen werden müssen. Wir haben also zunächst jene Gegenstände einzeln zu betrachten, und zwar zuerst die eigene Person, als Gegenstand eines besonderen Rechtsverhältnisses.

Hierüber nun ist folgende Ansicht sehr verbreitet. Der Mensch, sagt man, hat ein Recht auf sich selbst, welches mit seiner Geburt nothwendig entsteht und nie aufhören kann, so lange er lebt, eben daher auch das Urrecht genannt wird; im Gegensatz aller anderen Rechte, welche erst später und zufällig an den Menschen heran kommen, auch vergänglicher Natur sind, und daher erworbene Rechte genannt werden. Manche sind in dieser Ansicht so weit gegangen, dem Menschen ein Eigenthumsrecht an seinen Geisteskräften zuzuschreiben, und daraus das was man Denkfreyheit nennt abzuleiten; es ist aber gar nicht die Möglichkeit zu begreifen, wie ein Mensch den andern am Denken hindern, oder umgekehrt in ihm denken, und durch Jenes oder Dieses einen Eingriff in das angegebene Eigenthumsrecht verüben könnte. Begiebt man sich aber auch auf ein verständlicheres Gebiet, indem man jenes Eigenthumsrecht auf die sichtbare Erscheinung der Person, den menschlichen Leib und dessen einzelne Glieder, beschränkt, so hat dieses zwar Sinn, als Ausschließung einer hierin

allerdings möglichen Verletzung,' aber es ist darum nicht minder unnütz, ja verwerflich, indem es unter andern in consequenter Entwicklung auf die Anerkennung eines Rechts zum Selbstmord führt. Das wahre Element aber in jener irrigen Annahme eines auf die eigene Person gerichteten Urrechts ist folgendes. Erstlich kann und soll freylich die rechtmäßige Macht des Menschen über sich selbst und seine Kräfte nicht bezweifelt werden; noch mehr, diese Macht ist sogar die Grundlage und Voraussetzung aller wahren Rechte, indem z. B. Eigenthum und Obligationen nur Bedeutung und Werth für uns haben als künstliche Erweiterung unsrer eigenen persönlichen Kräfte, als neue Organe, die unserm Naturwesen künstlich hinzugefügt werden. Allein für jene Macht über uns selbst bedarf es der Anerkennung und Begränzung durch positives Recht nicht, und das Ungehörige der hier dargestellten Auffassung besteht darin, daß jene natürliche Macht mit diesen künstlichen Erweiterungen derselben in eben so überflüssiger als verwirrender Weise auf Eine Linie gestellt und als gleichartig behandelt werden soll. — Zweytens ist für viele einzelne wirkliche Rechtsinstitute der Ausgangspunkt allerdings in der Sicherung jener natürlichen Macht des Menschen über sich selbst gegen fremde Einmischungen zu suchen. Dahin gehört ein großer Theil des Criminalrechts; ferner im Civilrecht die bedeutende Zahl von Rechten, welche auf den Schutz gegen Ehrverletzung, gegen Betrug, und gegen Gewalt abzwecken, unter andern also auch die pos-

sessorischen Rechtsmittel. Von allen diesen Rechten ist die Unverletzlichkeit der Person allerdings der letzte Grund; dennoch sind sie nicht als reine Entwicklungen dieser Unverletzlichkeit anzusehen, vielmehr bilden sie ganz positive Rechtsinstitute, deren besonderer Inhalt von jener Unverletzlichkeit selbst völlig verschieden ist. Will man sie dennoch als Rechte an der eigenen Person darstellen, so wird durch diese Bezeichnung ihre wahre Natur nur verdunkelt. Nicht einmal die Zusammenstellung derjenigen Rechtsinstitute, die diesen gemeinsamen Ausgangspunkt haben, kann als fruchtbar und belehrend angesehen werden: es ist hinreichend, diese ihre Verwandtschaft im Allgemeinen anzuerkennen (a).

(a) Donellus II. 8 § 2. 3 nimmt zweyerley nostrum an: in persona cujusque und in rebus externis. Zu dem ersten rechnet er Vier Stücke: vita, incolumitas corporis, libertas, existimatio. Die incolumitas animi stehe nicht unter dem Rechtsschutz, weil sie dessen nicht bedürfe. — Puchta System des gem. Civilrechts München 1832 setzt als erste Klasse aller Rechte die an der eigenen Person, und er rechnet dahin das Recht der Persönlichkeit und den Besitz; unter der Persönlichkeit begreift er die Rechtsfähigkeit und die Ehre. Allein die Rechtsfähigkeit ist Bedingung aller Rechte, des Eigenthums und der Obligationen nicht minder als der Rechte erster Klasse, wenn man eine solche annimmt, z. B. des Besitzes; sie ist also ein Element aller Rechte, und kann keiner Klasse vorzugsweise angehören. Das, was man nach der allgemeinen Bezeichnung zunächst erwarten möchte, das Recht über die eigenen Gliedmaaßen, fehlt ganz, und außerdem fehlt sehr vieles Andere, was da seyn müßte, wenn zwischen B. 3 und B. 5. Kap. 5. N. VI. ein wahrer Zusammenhang sichtbar werden sollte. Hieraus erhellt eben die Willkührlichkeit in der Bildung der ersten Klasse von Rechten, welche nun fast blos angenommen zu seyn scheint, um dem Besitz eine angemessene Stellung zu verschaffen. — Hegel Naturrecht § 70 und Zusatz zu § 70 spricht

Scheiden wir demnach die sogenannten Urrechte gänzlich aus, und erkennen wir die erworbenen Rechte als die einzigen an, worauf unsre fernere Untersuchung zu richten ist, so bleiben uns nur noch zwey Gegenstände möglicher Willensherrschaft übrig: die unfreye Natur, und fremde Personen.

Die unfreye Natur kann von uns beherrscht werden nicht als Ganzes, sondern nur in bestimmter räumlicher Begränzung; ein so begränztes Stück derselben nennen wir Sache, und auf diese bezieht sich daher die erste Art möglicher Rechte: das Recht an einer Sache, welches in seiner reinsten und vollständigsten Gestalt Eigenthum heißt.

Nicht so einfach sind diejenigen Rechtsverhältnisse, deren Gegenstände fremde Personen sind, da wir zu solchen in zwey ganz ungleichartigen Beziehungen stehen können. — Die erste mögliche Beziehung zu einer fremden Person ist die, worin dieselbe, auf ähnliche Weise wie eine Sache, in das Gebiet unsrer Willkühr herein gezogen, also unsrer Herrschaft unterworfen wird. Wäre nun diese Herrschaft eine absolute, so würde dadurch in dem Andern der Begriff der Freyheit und Persönlichkeit aufgehoben; wir würden nicht über eine Person herrschen, sondern über eine Sache, unser Recht wäre Eigenthum an einem Menschen,

sich gegen dieses Recht auf die eigene Person aus, und macht namentlich die sonst unvermeidliche Annahme eines Rechts zum Selbstmord geltend.

so wie es das Römische Sklavenverhältniß in der That ist. Soll dieses nicht seyn, wollen wir uns vielmehr ein besonderes Rechtsverhältniß denken, welches in der Herrschaft über eine fremde Person, ohne Zerstörung ihrer Freyheit, besteht, so daß es dem Eigenthum ähnlich, und doch von ihm verschieden ist, so muß die Herrschaft nicht auf die fremde Person im Ganzen, sondern nur auf eine einzelne Handlung derselben bezogen werden; diese Handlung wird dann, als aus der Freyheit des Handelnden ausgeschieden, und unserm Willen unterworfen gedacht. Ein solches Verhältniß der Herrschaft über eine einzelne Handlung der fremden Person nennen wir **Obligation**. Diese hat mit dem Eigenthum nicht blos darin eine ähnliche Natur, daß in beiden eine erweiterte Herrschaft unsers Willens über ein Stück der äußeren Welt enthalten ist, sondern sie hat zu demselben auch noch speciellere Beziehungen: erstlich durch die mögliche Schätzung der Obligationen in Geld, welche nichts Anderes ist, als Verwandlung in Geldeigenthum; zweytens dadurch, daß die meisten und wichtigsten Obligationen keinen anderen Zweck haben, als zum Erwerb von Eigenthum, oder zum vorübergehenden Genuß desselben, zu führen. — Durch beide Arten der Rechte also, das Eigenthum wie die Obligationen, wird die Macht der berechtigten Person nach außen, über die natürlichen Gränzen ihres Wesens hin, erweitert. Die Gesammtheit der Verhältnisse nun, welche auf diese Weise die Macht eines Einzelnen erweitern, nen-

nen wir das Vermögen desselben, und die Gesammtheit der darauf bezüglichen Rechtsinstitute das Vermögensrecht (b).

In der bisher betrachteten Beziehung der Person zu einer fremden Person wurde jede derselben aufgefaßt als ein in sich abgeschlossenes Ganze, so daß jede, in ihrer abstracten Persönlichkeit, der anderen, als einem völlig fremden (wiewohl gleichartigen) Wesen gegenüber stand. Ganz verschieden davon ist die zweyte mögliche Beziehung zu fremden Personen, die nunmehr dargestellt werden soll. Hier betrachten wir den einzelnen Menschen nicht als ein für sich bestehendes Wesen, sondern als Glied des organischen Ganzen der gesammten Menschheit. Indem nun sein Zusammenhang mit diesem großen Ganzen stets durch bestimmte Individuen vermittelt ist, so ist seine Beziehung zu diesen Individuen die Grundlage einer neuen, ganz eigenthümlichen Art von Rechtsverhältnissen. In diesen erscheint uns der Einzelne nicht, so wie in den Obligationen, als ein selbstständiges Ganze, sondern als ein unvollständiges, der Ergänzung in einem großen Naturzusammenhang bedürftiges Wesen. Diese Unvollständigkeit des Ein-

(b) Die deutsche Bezeichnung des angegebenen Rechtsbegriffs ist die treffendste, die dafür gefunden werden konnte. Denn es wird dadurch unmittelbar das Wesen der Sache ausgedrückt, die durch das Daseyn jener Rechte uns zuwachsende Macht, das was wir durch sie auszurichten im Stande sind oder vermögen. Weniger das Wesen treffend ist der Römische Ausdruck bona, der in die neueren romanischen Sprachen übergegangen ist, und der zunächst einen Nebenbegriff bezeichnet, nämlich das durch jene Macht begründete Wohlseyn, oder die Beglückung, die sie uns gewährt.

zelnen, so wie die darauf bezügliche Ergänzung, zeigt sich in zwey verschiedenen Richtungen. Erstlich in der Trennung der Geschlechter, deren jedes, einzeln für sich betrachtet, die menschliche Natur nur unvollständig in sich enthält; hierauf bezieht sich die Ergänzung der Individuen durch die Ehe (c). — Zweytens in dem zeitlich beschränkten Daseyn des einzelnen Menschen, welches wiederum auf verschiedene Weise zu dem Bedürfniß und der Anerkennung von ergänzenden Rechtsverhältnissen führt. Zunächst, und am unmittelbarsten, durch das vergängliche Leben des Einzelnen; hier liegt die Ergänzung in der Fortpflanzung, wodurch nicht blos für die Gattung, sondern auf beschränktere Weise auch für die Individualität, eine stete Fortdauer vermittelt wird. Dann aber durch die Einrichtung der menschlichen Natur, nach welcher der Einzelne im Anfang seines Lebens die Macht über sich selbst völlig entbehrt, und erst ganz allmälig erlangt; hier liegt die Ergänzung in der Erziehung. Das Institut des Römischen Rechts, worin diese zwiefache Ergänzung ihre gemeinschaftliche Anerkennung und Ausbildung findet, ist die väterliche Gewalt; an diese aber schließt sich, theils in weiterer Entwicklung, theils in blos natürlicher, oder minder juristischer, Analogie die Verwandtschaft an (d).

(c) Diese Ansicht drückt Fichte Sittenlehre S. 449 etwas energisch also aus: „Es ist die absolute Bestimmung eines jeden Individuum beider Geschlechter, sich zu verehlichen .... Die unverheirathete Person ist nur zur Hälfte ein Mensch."

(d) Als weitere Entwicklung nämlich in der Agnation, die nur das residuum einer früher vorhandenen väterlichen Gewalt mit

— Die Gesammtheit aller dieser ergänzenden Verhältnisse nun — Ehe, väterliche Gewalt, Verwandtschaft — nennen wir die **Familie**, und die hierauf bezüglichen Rechtsinstitute das **Familienrecht** (e).

Da das Familienverhältniß, eben so wie die Obligation, ein Verhältniß zu bestimmten Individuen ist, so liegt es sehr nahe, diese beiden Verhältnisse entweder zu identificiren, das heißt die Familie unter die Obligationen zu rechnen, oder doch beide als näher verwandt dem Eigenthum, welches eine solche individuelle Beziehung nicht in

stetiger Fortbildung ist; als natürliche Analogie die Cognation, in welcher das jus gentium die auf der Abstammung beruhende Gemeinschaft der Individuen anerkennt, wie das jus civile in der Agnation.

(e) Es muß dabey ausdrücklich bemerkt werden, daß diese Bezeichnung nicht aus dem Römischen Recht hergenommen ist. Bey den Römern hat der Ausdruck familia verschiedene Bedeutungen; die wichtigste und am meisten technische ist die, worin es die Gesammtheit der Agnaten bezeichnet, also nur einen Theil der Verhältnisse, die ich darunter begreife. Wenn aber auch nicht der hier gewählte Ausdruck im Römischen Rechte begründet ist, so ist doch die Zusammenstellung der dadurch bezeichneten Verhältnisse, so wie der Grund dieser Zusammenstellung, dem Sinn der Römischen Juristen völlig angemessen. Es ist nämlich genau dasjenige, was sie als jus naturale bezeichnen. **Ulpian** sagt darüber in *L.* 1 § 3 *de J. et J.* „Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit.... Hinc descendit maris atque foeminae conjunctio, quam nos matrimonium appellamus: hinc liberorum procreatio, hinc educatio." (Vgl. Beylage I.). Daß die alten Juristen aus historischen Gründen, in ihrer Abhandlung der Rechtsinstitute selbst, andere Gesichtspunkte sichtbarer hervortreten ließen, wie wir es bey Gajus sehen, steht mit ihrer Anerkennung jenes allgemeinen, natürlichen Zusammenhangs gar nicht im Widerspruch. — Mit dem heutigen Sprachgebrauch stimmt die von mir gewählte Bezeichnung gewiß überein, so wie auch zu unserm heutigen Rechtszustand jene Zusammenstellung einzig und allein paßt.

sich schließt, entgegen zu setzen. Diese Betrachtungsweise findet sich daher auch bey Vielen, wenngleich oft nicht in ihrer vollen Ausdehnung, oder nicht mit klarem Bewußtseyn. Sie ist aber durchaus zu verwerfen, und es ist für die richtige Einsicht in das Wesen der Familie von Wichtigkeit, daß sie als irrig aufgegeben werde. Es sollen daher gleich hier diejenigen wesentlichen Verschiedenheiten angegeben werden, die auf dem bisher gewonnenen Standpunkt klar gemacht werden können; mit dem Vorbehalt, das eigenthümliche, völlig unterscheidende, Wesen der Familie weiter unten (§ 54) noch bestimmter zur Anschauung zu bringen. Die Obligation hat zum Gegenstand eine einzelne Handlung, das Familienverhältniß die Person als Ganzes, insofern sie ein Glied in dem organischen Zusammenhang der gesammten Menschheit ist. Der Stoff der Obligationen ist willkührlicher Natur, indem bald diese bald jene Handlung zum Inhalt einer Obligation gemacht werden kann; der Stoff der Familienverhältnisse ist durch die organische Natur des Menschen bestimmt, trägt also den Character der Nothwendigkeit in sich. Die Obligation ist in der Regel vorübergehender Natur, das Familienverhältniß ist zu einem fortdauernden Daseyn bestimmt. Daher bilden sich die einzelnen Familienverhältnisse, wo sie vollständig erscheinen, in zusammengesetzte Gesellschaften aus, die eben den Gesammtnamen der Familien führen. In den Familien nun sind die Keime des Staats

enthalten, und der ausgebildete Staat hat die Familien, nicht die Individuen unmittelbar zu Bestandtheilen.

Hiernach schließt sich in der That die Obligation in näherer Verwandtschaft an das Eigenthum an, indem das diese beyden Verhältnisse umfassende Vermögen eine Erweiterung der individuellen Macht über ihre natürliche Gränze bildet, anstatt daß das Familienverhältniß zur Ergänzung des an sich unvollständigen Selbst bestimmt ist. Das Familienrecht liegt daher näher als das Vermögensrecht den sogenannten Urrechten, und wie diese oben von dem Gebiet des positiven Rechts gänzlich ausgeschlossen worden sind, so muß von der Familie behauptet werden, daß sie nur theilweise dem Rechtsgebiet angehört, anstatt daß das Vermögen ganz und ausschließend in dasselbe fällt.

Blicken wir nun zurück auf den Punkt, wovon diese unsre Untersuchung ausgieng, so finden wir drey Gegenstände, auf welche eine Herrschaft unsers Willens denkbar ist, und, diesen Gegenständen entsprechend, drey concentrische Kreise, worin unser Wille herrschen kann:

1) Das ursprüngliche Selbst. Ihm entspricht das sogenannte Urrecht, welches wir gar nicht als eigentliches Recht behandeln.

2) Das in der Familie erweiterte Selbst. Die hierin mögliche Herrschaft unsres Willens gehört nur theilweise dem Rechtsgebiet an, und bildet hier das Familienrecht.

3) Die äußere Welt. Die Herrschaft des Willens, die sich hierauf bezieht, fällt ganz in das Rechtsgebiet,

und bildet das Vermögensrecht, welches wieder in das Sachenrecht und das Obligationenrecht zerfällt.

Hieraus ergeben sich drey Hauptklassen der Rechte, die wir von diesem Standpunkt der Untersuchung aus anzunehmen haben:

Familienrecht,
Sachenrecht,
Obligationenrecht.

Allein so abgesondert bestehen diese Klassen der Rechte nur in unsrer Abstraction, in der Wirklichkeit dagegen erscheinen sie auf die mannichfaltigste Weise verbunden, und in dieser steten Berührung sind gegenseitige Einwirkungen und Modificationen unausbleiblich. Indem wir nunmehr die einzelnen Rechtsinstitute der angegebenen drey Klassen näher zu betrachten haben, müssen zugleich diese Modificationen berücksichtigt werden, so wie überhaupt die besondere Entwicklung, die jene Institute in unserm positiven Recht erhalten haben.

§. 54.

Familienrecht.

Das Wesen der Familie, die nunmehr genauer betrachtet werden soll, ist bereits angegeben worden (§ 53); ihre Bestandtheile waren die Ehe, die väterliche Gewalt, und die Verwandtschaft. Der Stoff eines jeden dieser Verhältnisse ist ein Naturverhältniß, welches als solches sogar über die Gränzen der menschlichen Natur hinaus

reicht (jus naturale). Daher muß ihnen, ihrem allgemeinen Daseyn nach, eine von dem positiven Recht unabhängige Nothwendigkeit zugeschrieben werden, wenngleich die besondere Gestalt, worin sie zur Anerkennung kommen, je nach dem positiven Recht verschiedener Völker sehr mannichfaltig ist (a). Dieses Naturverhältniß ist aber für den Menschen nothwendig zugleich ein sittliches Verhältniß; und indem endlich noch die Rechtsform hinzutritt, erhält die Familie drey unzertrennlich vereinigte Gestalten, die

(a) So z. B. ist also das Daseyn der Monogamie ein positives Rechtsinstitut, während wir der Ehe überhaupt (in welcher Gestalt sie vorkommen möge) eine allgemeine Nothwendigkeit zuschreiben; damit soll nun aber nicht gesagt werden, daß zwischen Polygamie und Monogamie eine durch zufällige Umstände bestimmte Wahl eintrete; vielmehr ist jene als eine niedere Stufe in der sittlichen Entwicklung der Völker zu betrachten. — Allerdings wird nun auch die Nothwendigkeit der Ehe überhaupt (nicht blos der Monogamie) bestritten, z.B. von Hugo Naturrecht § 210—214. Und in der That kann von dem abstrahirenden Verstand das Wesen derselben zersetzt, und durch freye Phantasie irgend ein anderer Zustand an ihrer Stelle erdichtet werden, z. B. eine regellose Geschlechtsliebe, oder Fortpflanzung als Staatsanstalt. Aber der gesunde Lebenssinn aller Völker, wie aller Zeiten und Bildungsstufen, würde unsre Behauptung bestätigen, selbst wenn sie nicht in der christlichen Lebensansicht ihre höchste Bewährung gefunden hätte. — Eben so gehört zu der positiven Ausbildung der Familieninstitute die künstliche Art, wodurch sie zuweilen entstehen, z. B. die väterliche Gewalt durch Adoption. — Ferner hat das Verbot der Ehe unter den nächsten Verwandten seine Wurzel in dem sittlichen Gefühl aller Zeiten: aber der Grad der Ausdehnung dieses Verbots ist ganz positiver Natur. — Es muß indessen noch hinzugefügt werden, daß auch die positive Gestalt, worin diese Verhältnisse in einem einzelnen positiven Recht auftreten, in diesem Recht den absoluten Charakter an sich trägt (§ 16), weil sie durch die sittliche Lebensansicht eben dieses Volks bestimmt wird.

natürliche, sittliche, und rechtliche (b). Hieraus folgt, daß die Familienverhältnisse nur zum Theil eine juristische Natur an sich tragen (§ 53); ja wir müssen hinzu setzen, daß die juristische Seite ihres Wesens gerade die geringere ist, indem die wichtigere einem ganz anderen Gebiete als dem des Rechts angehört.

Indem aber hier der Familie, außer dem rechtlichen und sittlichen Element, auch noch ein natürliches zugeschrieben wird, darf dieses nicht so verstanden werden, als ob dieses letzte mit jenem auf gleicher Linie stände, und zu einer selbstständigen Herrschaft gelangen dürfte. In dem Thier herrscht der einem allgemeinen Naturzweck dienende Trieb. Dieser Trieb und jener Naturzweck findet sich in dem Menschen völlig so wie in dem Thier; in dem Menschen aber steht über dem Naturtrieb das höhere sittliche Gesetz, welches alle Theile seines Wesens, also auch diesen Trieb, durchdringen und beherrschen soll, wodurch das Natürliche in dem Menschen nicht vernichtet oder geschwächt, sondern zur Theilnahme an dem höheren Element des menschlichen Wesens empor gehoben wird. — Hierin hat Kant gefehlt, welcher in der Ehe den blos natürlichen Bestandtheil (den Geschlechtstrieb) zum Gegenstand eines obligatorischen Rechtsverhältnisses machen

(b) Diese dreyfache Natur der Familienverhältnisse ist in Anwendung auf die Ehe sehr bestimmt ausgesprochen von Hegel Naturrecht § 161. Sehr schön sagt er von der Ehe, „daß sie die rechtlich sittliche Liebe ist." Nur der Ausdruck ist noch dahin zu ergänzen: rechtlich sittliche Geschlechtsliebe — was ohnehin in dem Gedanken des Verfassers unzweifelhaft liegt.

wollte, wodurch das Wesen derselben gänzlich verkannt und herabgewürdigt werden mußte (c).

Fragen wir nun nach dem eigentlichen Inhalt der zur Familie gehörenden Rechtsverhältnisse, so scheint derselbe zu liegen in dem Recht, welches wir gegen die andere unserm Willen unterworfene Person haben, nur daß diese Unterwerfung nicht als eine totale, sondern als eine beschränkte, lediglich die Familienbeziehung afficirende, gedacht werden müßte (d). Und diese Annahme scheint ihre Bestätigung zu finden in den besonderen Bestimmungen des Römischen Familienrechts, welches größtentheils auf strenge Herrschaft des Hausvaters über die anderen Glieder der Familie gegründet ist. Dennoch müssen wir dieselbe, gerade auch von dem Standpunkt des Römischen Rechts aus, gänzlich verwerfen. Allerdings hat hier der Vater unbedingte Herrschaft über den Sohn, eine Herrschaft die für die älteste Zeit von dem wahren Eigenthum kaum zu unterscheiden seyn dürfte. Allein diese Herrschaft ist nicht der eigentliche Inhalt des Rechtsverhältnisses. Sie ist der natürliche Character der väterlichen Gewalt, worin sich der Vater durch eigene Macht behauptet wie in der Herrschaft über den Sklaven oder über sein Haus oder sein Pferd. Nirgend ist von einer juristischen Verpflichtung des Sohnes zum Gehorsam die Rede, nirgend von einer Klage des Vaters gegen den ungehorsamen Sohn,

(c) Vgl. hierüber unten § 141. d.

(d) So wird es in der That aufgefaßt von Puchta, rhein. Museum B. 3 S. 301. 302.

so wenig als gegen den ungehorsamen Sklaven. Nur erst wenn fremde Personen Eingriffe thun in die Herrschaft des Hausvaters, werden Klagen gegen diese gegeben. Noch anschaulicher aber wird unsre Behauptung bey der freyen Ehe. In dieser ist von strenger Herrschaft und Gehorsam gar nicht die Rede, und doch kennt das Römische Recht auch keine einzelnen Rechtsansprüche eines Ehegatten gegen den andern, keine Klagen zum Schutz solcher einzelnen Rechte für den Fall der Verweigerung. Demnach ist es nicht die partielle Unterwerfung einer Person unter den Willen der andern, was den juristischen Character der Familienverhältnisse, also den eigentlichen Inhalt dieser Klasse von Rechtsverhältnissen bildet. Auch ist nur, wenn man diese, an sich so scheinbare, Ansicht aufgiebt, eine scharfe Unterscheidung der Familienverhältnisse von den Obligationen möglich, indem die Vertheidiger dieser Ansicht unvermeidlich die Natur der Obligationen in die Familie hineintragen, so sehr sie sich auch in Worten dagegen verwahren mögen.

Was bleibt uns nun aber übrig als wahrer Inhalt der zur Familie gehörenden Rechtsverhältnisse? Wir betrachteten sie zuerst als Ergänzungen der für sich unvollständigen Individualität (§ 53). Daher liegt das eigentliche Wesen derselben in der Stellung, welche der Einzelne in diesen Verhältnissen einnimmt, darin, daß er nicht blos Mensch überhaupt, sondern auch noch insbesondere Ehegatte, Vater, Sohn ist, also in einer fest bestimmten,

von der individuellen Willkühr unabhängigen, in einem großen Naturzusammenhang begründeten Lebensform (e).

Es wird also hier keinesweges geläugnet, daß zum Wesen der Ehe Treue und Hingebung, so wie zur väterlichen Gewalt Gehorsam und Ehrfurcht gehöre; allein diese an sich wichtigsten Elemente jener Verhältnisse stehen unter dem Schutz der Sitte, nicht des Rechts, gerade so wie der edle und menschliche Gebrauch, den der Hausvater von seiner Familiengewalt machen soll, auch nur der Sitte überlassen bleiben kann, für welchen letzten Fall die irrige Auffassung, als ob es eine Rechtsregel wäre, nur zufällig weniger möglich ist. Daher werden wir von dem Zustand des Familienverhältnisses in einer Nation nur eine sehr unsichere Kenntniß haben, wenn wir lediglich auf die in ihr geltende Rechtsregel sehen, ohne die ergänzende Sitte zu berücksichtigen. Nicht selten haben neuere Schriftsteller, welche diesen Zusammenhang übersahen, einen grundlosen Tadel über das Römische Familienrecht, als über eine herzlose Tyranney, ausgesprochen (f). Sie haben nicht erwogen, daß in keinem Volk des Alterthums die Hausfrauen so hoch geehrt waren als

(e) Es gehören also die Familienverhältnisse vorzugsweise dem jus publicum, d. h. dem absoluten Rechte (§ 16) an. Vgl. oben Note a. — Darum heißt auch jedes Familienverhältniß eines Menschen vorzugsweise ein status desselben, das heißt seine Stellung oder sein Daseyn im Verhältniß zu bestimmten anderen Menschen. Vgl. § 59 und Beylage VI.

(f) So Hegel Naturrecht § 175 „das Sklavenverhältniß der römischen Kinder ist eine der diese Gesetzgebung befleckendsten Institutionen, und diese Kränkung der Sittlichkeit in ihrem innersten und zartesten Leben ist eins der wich-

in Rom (g), und daß eine wirklich knechtische, herabwürdigende Behandlung der Söhne undenkbar war neben einem Staatsrecht, welches denselben den Genuß aller politischen Rechte, und selbst die Fähigkeit zu den höchsten Magistraturen, unbeschadet der väterlichen Gewalt einräumte.

tigsten Momente, den weltgeschichtlichen Charakter der Römer und ihre Richtung auf den Rechts-Formalismus zu verstehen." Bey ihm ist das Misverständniß um so unbegreiflicher, als er § 161 in der Ehe das nothwendige Zusammenwirken sittlicher und rechtlicher Elemente sehr wohl anerkennt, woraus von selbst folgt, daß bey jedem Volk das Eherecht nur ein unvollständiges Bild der Ehe selbst giebt. Warum soll denn aber nicht dasselbe für die väterliche Gewalt gelten? — Noch weiter führt diesen Irrthum Adam H. Müller Elemente der Staatskunst Th. 2 S. 59 — 65. Er spricht von einer „väterlichen und ehemännlichen Gewalt, so wie sie in unsern Gesetzbüchern nach Römischem Zuschnitt verordnet wird," und vermißt deshalb in den Römischen (und unsern) Familienverhältnissen alle Gegenseitigkeit. Nach ihm möchte man glauben, wir schlössen noch unsre Ehen durch Confarreation, da doch schon in früher Zeit bey den Römern die freye Ehe (ohne die geringste Spur von Gewalt) die häufigste war, und da diese allein mit dem Römischen Recht zu uns herüber gekommen ist. Ferner möchte man nach ihm glauben, als spielten blos die Römischen Gesetze eine traurige Rolle, „wenn sie ein unsichtbarer Geist der Liebe oder des Zutrauens nicht ergänzen oder stützen will" (S. 59). Als ob je ein Gesetz in der Welt diesen unsichtbaren Geist entbehrlich gemacht oder hervorgebracht hätte! Was also dieser Schriftsteller als eine Schwäche der Römischen Gesetze mit Verachtung darstellt, ist vielmehr eine Einrichtung, die Gott der menschlichen Natur im Allgemeinen zu geben gut gefunden hat.

(g) Dahin gehört auch die schöne Beschreibung des Familienlebens früherer Zeiten bey Columella de re rust. Lib. 12 praef. § 7. 8: „Erat enim summa reverentia cum concordia et diligentia mixta .., Nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut maritus aut foemina proprium esse juris sui diceret, sed in commune conspicabatur ab utroque." Und gerade in der guten alten Zeit, die er schildert, kam noch die in manum conventio, also die strenge Gewalt des Ehemannes, häufiger vor, als in späterer Zeit, worin sie immer seltener wurde.

Diese allgemeine Characteristik des Familienrechts wird nun noch anschaulicher werden durch die Angabe des wahren juristischen Inhalts seiner einzelnen Institute. Er besteht bey jedem derselben in den Bedingungen seines Daseyns und seiner Anerkennung, wozu folgende einzelne Stücke gehören: die Voraussetzungen der Möglichkeit eines solches Rechtsverhältnisses, die Entstehungsarten desselben, und die Gründe seiner Auflösung. So bey der Ehe, der väterlichen Gewalt, der Verwandtschaft. Auch beschränkt sich hierauf der juristische Inhalt, insoweit er diese Rechtsverhältnisse für sich selbst betrifft. Es tritt aber noch bey jedem hinzu der wichtige Einfluß, den dasselbe außer seinen eigenen Gränzen auf andere Rechtsverhältnisse ausübt; dieser soll nunmehr für jedes der drey Rechtsverhältnisse besonders angegeben werden.

Die Ehe hat folgende Wirkungen auf andere Rechtsverhältnisse:

1) Die Entstehung der väterlichen Gewalt über die in der Ehe erzeugten Kinder. Dieses ist nämlich wiederum ein selbstständiges Familienverhältniß, worin durchaus keine neue Bestimmung für das wechselseitige Verhältniß der Ehegatten selbst enthalten ist.

2) Schutz gegen Verletzung ihrer sittlichen Würde durch Anstalten des Criminalrechts.

3) Mannichfaltige Bestimmungen im Vermögensrecht, als: dos, donatio propter nuptias u. s. w. Die meisten und wichtigsten dieser Institute sind nicht unmittelbare und

nothwendige Folgen der Ehe selbst, sondern Folgen willkührlicher Handlungen, deren Möglichkeit aber durch das Daseyn der Ehe bedingt ist.

Die väterliche Gewalt äußert ihren Einfluß auf das Vermögen in folgender Weise. Das Kind ist unfähig für sich selbst Vermögen zu erwerben, also auch solches zu haben; es ist dagegen fähig, dem Vater zu erwerben, ja dieser Erwerb folgt nothwendig aus den Handlungen des Kindes. Diese sowohl mögliche als nothwendige Repräsentation des Vaters durch die erwerbenden Handlungen des Kindes wird als Personeneinheit unter beyden bezeichnet. Sie wird aber auf mancherley Weise eingeschränkt durch die (zum Theil fälschlich so genannten) Peculien. — Vergleicht man diesen vielfachen Einfluß der väterlichen Gewalt mit den Naturverhältnissen, welche oben als Grundlage der Familie angegeben worden sind, so ergiebt sich Folgendes. Das Erziehungsbedürfniß findet seine Befriedigung allerdings in der väterlichen Gewalt, aber nicht eigentlich in der rechtlichen Seite derselben, sondern in der rechtlich unbestimmten Macht, die der Vater ohnehin über das Kind, auch ohne Rücksicht auf dessen Alter, hat. Alles Übrige aber, also gerade die oben bemerkte rein juristische Einwirkung auf das Vermögen, hat mit der Erziehung gar keinen Zusammenhang. Hierin zeigt sich vielmehr unverkennbar die Ansicht, nach welcher der Sohn die Persönlichkeit des Vaters in sich aufnimmt und über des Vaters Leben hinaus fortführt,

um sie dann auf die eigenen Kinder zu übertragen und in ihnen weiter fortzusetzen. Diese Ansicht zeigt sich deutlich in der Repräsentation des Vaters durch die Erwerbungen des Kindes, so wie in der eigenthümlichen Art, wie der Suus die väterliche Erbschaft erwirbt. Sie zeigt sich auch in der Vermögensunfähigkeit des Kindes, wobey ohne Zweifel die Ansicht zum Grunde liegt, daß dem Kinde eigenes Vermögen entbehrlich ist, weil des Vaters Vermögen faktisch auch zugleich das seinige ist (h). Daneben ist es durch diese Unfähigkeit von selbst einleuchtend, warum es nicht nöthig war, das Vermögen des in väterlicher Gewalt stehenden Kindes für die Jahre der Unmündigkeit besonders zu schützen; diese Bemerkung aber ist hier nöthig, weil in ihr der Ausgangspunkt liegt, aus welchem die Tutel als ein künstliches Surrogat hervorgeht (§ 55).

Die Verwandtschaft endlich ist das unbestimmteste unter jenen drey Verhältnissen, schon deshalb weil es in so verschiedenen Abstufungen erscheint, und sich zuletzt unmerklich verliert. Ja es wird gewöhnlich nicht als ein eigenes Familienverhältniß anerkannt, weil man den Character eines solchen in gegenseitige Rechtsansprüche zu

(h) Ich sage, es ist faktisch zugleich das seinige, indem das Kind bey einem natürlichen Zustand des Familienlebens die Vortheile des Vermögens mit genießt. Daneben besteht sehr wohl die nur wenig beschränkte rechtliche Macht des Vaters, dem Kinde jene Vortheile in der Gegenwart zu versagen, und für die Zukunft zu entziehen. Es ist also ein ähnliches Verhältniß wie bey der dos, die juristisch dem Manne gehört, faktisch der Frau; nur war bey der dos mehr Veranlassung, dieses Verhältniß auszubilden und in bestimmten Regeln auszusprechen.

setzen pflegt, die Verwandten aber als solche, mit wenigen Ausnahmen, keine Rechte gegen einander haben. Nach unsrer oben dargelegten Ansicht kann uns jedoch dieser Umstand nicht hindern, auch die Verwandtschaft als ein eigenes Familienverhältniß zu behandeln. Denn auch bey ihr sind die rechtlichen Bedingungen ihres Daseyns genau bestimmt. Eben so fehlt es ihr nicht an Einfluß auf andere Rechtsverhältnisse. Dieser Einfluß zeigt sich zunächst bey der Ehe, deren Möglichkeit durch gewisse Arten der Verwandtschaft ausgeschlossen wird. Ferner im Vermögen, und zwar hier auf zweyerley Weise. Der wichtigste Einfluß ist der auf das Erbrecht, wodurch allein schon die genaueste Feststellung dieses Verhältnisses unentbehrlich wird. Ein zweyter, minder wichtiger Einfluß zeigt sich in der Obligation auf Alimente, welche jedoch nur bey einigen Arten der Verwandtschaft eintritt; in dieser liegt der einzige gegenseitige Rechtsanspruch, der unter gleichzeitig lebenden Verwandten wahrzunehmen ist.

Nach der hier dargelegten Ansicht ist jedes Familienverhältniß, als ein natürlich-sittliches betrachtet, ganz individuell, indem es in einer Wechselbeziehung zwischen zwey einzelnen Menschen besteht; als Rechtsverhältniß betrachtet aber ist es ein Verhältniß Einer Person zu allen übrigen Menschen, indem es seinem eigenen Wesen nach nur in dem Anspruch auf allgemeine Anerkennung besteht. So z. B. hat ein Vater kraft der väterlichen Gewalt zunächst nur den Rechtsanspruch, daß ihm das Daseyn die-

ser Gewalt von Jedem, der es bestreitet, anerkannt werde, und dieser Anspruch geht gegen den Sohn selbst nicht mehr und nicht weniger, als gegen jeden Dritten. Daneben aber kann ihm das einmal anerkannte Rechtsverhältniß als Grundlage mannichfaltiger anderer Ansprüche (auf Eigenthum, Erbfolge u. s. w.) dienen. Diese ganze Ansicht findet eine merkwürdige Bestätigung in der Römischen Klagform. Die Klage ist hier ein praejudicium, das heißt eine Klage, die nicht etwa eine condemnatio zur Folge hat, sondern nur den Ausspruch über das Daseyn eines Verhältnisses (i). Der Name dieser Art von Klagen kommt daher, daß sie dazu dienen, andere, künftige Klagen vorzubereiten. Alle diese Klagen endlich sind in rem, das heißt sie gelten nicht ausschließend gegen eine bestimmte verpflichtete Person, so wie die Klagen aus Obligationen (k).

§. 55.

Familienrecht. Fortsetzung.

Bisher ist die Familie in ihrem natürlichen Umfang betrachtet worden. Nach dem Typus dieser natürlichen Familieninstitute können aber durch das positive Recht andere nachgebildet werden, die sodann eine künstliche Erweiterung des Familienrechts darbieten. Solche künstliche

(i) Gajus IV. § 44. 94. Vgl. *L.* 1 § 16 *L.* 3 § 3. 4 *de agnosc.* (25. 3.). *L.* 1 § 4 *de lib. exhibendis* (43. 30.).

(k) § 13 *J. de act.* (4. 6.).

Familienverhältnisse unterscheiden sich von den natürlichen darin, daß sie nicht so wie diese auf einer natürlich-sittlichen Grundlage beruhen, weshalb ihr Daseyn auch nicht in einer allgemeinen Nothwendigkeit gegründet ist. Nach dem Römischen Kunstausdruck also gehören sie nicht zu dem jus naturale.

Das Römische Recht kennt folgende Institute dieses künstlich erweiterten Familienrechts:

1) Manus. Sie beruht auf einer künstlichen Verschmelzung der beiden Hauptzweige der natürlichen Familie, der Ehe mit der väterlichen Gewalt. Die Ehefrau wird dadurch in das rechtliche Verhältniß einer Tochter des Ehemannes versetzt, worin also ein äußerer Zusatz zu der Ehe, und eine Modification derselben, hauptsächlich in Beziehung auf das Vermögen, enthalten ist. — Allerdings gilt aber diese Ansicht der manus nur von einer etwas späteren Zeit des Römischen Rechts, in welcher es der Willkühr überlassen blieb, ob der Ehe noch dieser besondere Zusatz beygegeben werden sollte. In der ältesten Zeit war sie die einzig mögliche Form der Ehe überhaupt.

2) Servitus. Das Verhältniß eines Sklaven zu seinem Gebieter hatte bey den Römern zwey ganz verschiedene juristische Beziehungen, dominium und potestas, die nur in der Wirklichkeit stets vereinigt waren. Nach der einen war es reines, wahres Eigenthum, der Sklave stand hierin jeder anderen Sache völlig gleich, er konnte veräußert werden, nicht nur dem vollen Eigenthum nach, son-

dern auch indem ein Usufructus, ein Usus, oder ein Pfandrecht an ihm bestellt wurde; endlich galten gegen jeden Verletzer dieses Rechts dieselben Klagen, wie gegen den Verletzer eines andern Eigenthums, vor allen also die Vindication. — Nach der andern Beziehung war es ein Bestandtheil der Familie, der väterlichen Gewalt nachgebildet und sehr ähnlich gemacht. Diese Zusammenstellung bewährt sich durch das Eigenthum, welches ursprünglich auch der Vater an den Kindern hatte, durch den gemeinschaftlichen Namen potestas, und endlich darin, daß die Sklaven den Kindern gleich standen in der Unfähigkeit zum Vermögen, in der möglichen und nothwendigen Repräsentation des Herrn durch die erwerbenden Handlungen des Sklaven, und in dem Peculium. Wenn sich unser Gefühl durch diese Gleichstellung der Kinder mit den Sklaven verletzt findet, so dürfen wir nicht vergessen, daß der Sklave in der ältesten Zeit, worin dieses Institut festgestellt wurde, der Ackerknecht des Herrn, also der Gehülfe seiner Arbeit, und wohl meist auch sein Tischgenosse war. Bey der völlig veränderten Lebensweise der späteren Zeit, als die Sklaven Gegenstände des Luxus und der gewerblichen Speculation in der übertriebensten Ausdehnung wurden, hatte freylich jene Gleichstellung allen Sinn und alle Schicklichkeit verloren. Es ist aber überhaupt eine der wichtigsten Krankheitsursachen des Römischen Zustandes, daß man nicht frühe und nicht gründlich genug bedacht war, das Verhältniß der Sklaven und

der Freygelassenen nach den völlig veränderten Bedürfnissen zu modificiren. — Zu dieser zweyten Beziehung gehört endlich auch noch die Manumission, das heißt die Fähigkeit des Herrn, dem Sklaven die Freyheit und in der Regel selbst die Civität zu ertheilen: endlich auch das liberale judicium, oder die vindicatio in servitutem und in libertatem, welche der potestas denselben Schutz gewährt, wie die gewöhnliche vindicatio dem dominium. — Noch etwas verschieden von diesem Allen ist die dem Sklaven fast gänzlich fehlende Rechtsfähigkeit. Denn diese kann sich auch bey solchen finden, über welche jetzt dominium und potestas zufällig nicht besteht, den servis sine domino. Denn obgleich das ganze Rechtsinstitut der Sklaverey nur um der Gewalt des Herrn willen eingeführt und ausgebildet worden war, so hatte man doch daraus den allgemeinen Begriff des Sklavenstandes, als eines Zustandes an sich, gebildet, der nun auch in den Fällen der zufällig herrenlosen Sklaven sollte Daseyn und Wirksamkeit haben können (a).

(a) Dahin gehören folgende Fälle: 1) der servus poenae, welcher keinesweges im Eigenthum des Staats war. *L.* 17 *pr. de poenis* (48. 19.). *L.* 3 *pr. de his q. pro non scr.* (34. 8.). *L.* 12 *de j. fisci* (49. 14.). *L.* 25 § 3 *de adqu. hered.* (29. 2.). — 2) Der Römer, der in Gefangenschaft des Feindes kam; denn der Feind war rechtlos, konnte also auch keine potestas und kein dominium haben. — 3) Der Freygelassene, an welchem vor der Freylassung ein Anderer den Niesbrauch erworben hatte. Ulpian I. § 19 (*L* 1 *C. comm. de manumiss.* 7. 15.). — 4) Der von seinem Herrn derelinquirte Sklave. *L.* 38 § 1 *de nox. act.* (9. 4.). *L.* 36 *de stip. serv.* (45. 3.). *L.* 8 *pro derelicto* (41. 7.). Es war etwas ganz Specielles und rein Positives, daß nach einem

3) Patronatus. Die Freylassung macht den Sklaven zu einem Freyen, und ertheilt ihm nach Umständen bald einen höheren, bald einen niederen Stand unter den Freyen. Daneben steht aber ein persönliches Verhältniß zwischen dem Patron und dem Freygelassenen, welches auch selbst wieder die Natur eines Familienverhältnisses annimmt, so wie das Sklavenverhältniß diese Natur hatte, aus welchem es durch Umwandlung hervorgieng. Das Patronat hat bedeutenden Einfluß auf das Vermögensrecht, indem sich daran auf mannichfaltige Weise theils Erbfolge, theils Obligationen anknüpfen. Dazu kommen noch Institute des Criminalrechts, welche zum Schutz der hohen Stellung des Patrons, gegenüber dem Freygelassenen, bestimmt sind.

4) Mancipii causa. Da die Herrschaft des Vaters über die Kinder in der ältesten Zeit vom Eigenthum in der That kaum verschieden war, so konnte er sie auch veräußern, und dasselbe galt für den Ehemann, der die Frau gleich einer Tochter in manu hatte. Allein diese

Edict des K. Claudius die hartherzige Dereliction eines kranken Sklaven diesem die Latinität geben sollte. *L.* 2 *qui sine manum.* (40. 8.). *L. un.* § 3 *C. de lat. libert.* (7. 6.). Die Regel blieb daneben unverändert. — Der Zustand des servus poenae war härter, als der des servus fisci: daher wurde der Verurtheilte durch Begnadigung servus fisci, und das Kind der zu den Bergwerken verurtheilten Frau galt als servus fisci. *L.* 24 § 5. 6. *de fideic. lib.* (40. 5.). Auf der andern Seite aber konnten die herrenlosen Sklaven niemals in Libertinität gerathen: wurden sie also frey (durch Restitution des Verurtheilten, oder durch Postliminium des Gefangenen), so wurden sie wieder Ingenui. Paulus IV. 8. § 24.

veräußerten Freyen sollten doch zu dem neuen Herrn in einem anderen und milderen Verhältniß stehen als eigentliche Sklaven. Dieses war die Mancipii causa, ein Mittelzustand zwischen Freyen und Sklaven, woraus ferner durch Freylassung ein Patronat, ähnlich dem über wahre Sklaven, entstehen konnte. Nur in der Unfähigkeit zum Vermögen, und in dem Erwerb für den Herrn, steht dieser Abhängige dem Sklaven ganz gleich. — Diese Rechtsverhältnisse haben sich, als blos juristische Formen bey Auflösung der väterlichen Gewalt, in ausgedehnter Übung erhalten, nachdem ein ernstlicher Verkauf der Kinder schon längst ungewöhnlich, ja selbst strafbar geworden war.

5) Tutela und Curatio. Der Kern dieses Rechtsinstituts ist unstreitig die Tutel über die Unmündigen, und diese muß als Surrogat der väterlichen Gewalt, wo eine solche zufällig fehlt, betrachtet werden. Es fragt sich nur, in welchem Sinn sie ein solches Surrogat ist. Gewiß nicht insofern, als in der väterlichen Gewalt eine Personeneinheit liegt, denn diese ist in der Tutel sicher nicht vorhanden. Eher könnte man an das Erziehungsverhältniß denken, aber auch dieses liegt außer den Gränzen der Tutel und kann nur ganz zufällig mit ihr verbunden seyn. Der wahre Zusammenhang aber ist dieser. Wenn der Inhaber eines Vermögens unmündig ist, so kann er sein Vermögen nicht vertreten, das heißt er ist handlungsunfähig. Die meisten Unmündigen nun stehen in väterlicher Gewalt, und für sie besteht jene Schwierigkeit nicht, da

Alles was ihnen zufällt ohnehin in des Vaters Vermögen sich verliert, sie selbst also kein Vermögen haben können (§ 54). Mit anderen Worten: ihre Handlungsunfähigkeit wird unschädlich durch ihre Rechtsunfähigkeit. Anders wenn der Unmündige zufällig ohne Vater ist, also selbst Vermögen haben kann. Hier entsteht ein Misverhältniß zwischen der vorhandenen Rechtsfähigkeit und der fehlenden Handlungsfähigkeit, welches einer künstlichen positiven Nachhülfe bedarf. Darauf allein gründet sich die ursprüngliche Tutel, denn in diesem Fall allein ist ein allgemeines, wichtiges, häufiges Naturbedürfniß vorhanden. Die übrigen Fälle der Tutel, so wie die ganze Curatel, beruhen wohl auf allmäligen Nachbildungen bey ähnlichem Bedürfniß: das aber haben sie alle mit jenem Hauptfall gemein, daß sie nur da vorkommen, wo nicht schon das streng juristische Verhältniß einer potestas oder manus jede künstlichere Nachhülfe überflüssig macht. — Der juristische Inhalt dieser Verhältnisse ist ein zwiefacher. Erstlich ersetzen sie zunächst die fehlende Handlungsfähigkeit eines Rechtsfähigen. Zweytens verwandeln sie sich späterhin in Obligationen zwischen dem, welcher Tutor oder Curator war, und dem Pflegebefohlnen.

Auf die Fünf hier dargestellten Institute des Familienrechts beschränkte sich dessen künstliche Erweiterung zur Zeit der klassischen Juristen. In Justinians Zeit hätte noch ein sechstes hinzugefügt werden müssen, das Colonat, welches damals schon längst eben so verbreitet als

wichtig war. Das Wesen desselben bestand in einer erblichen, unauflöslichen obligatio zum Bau eines bestimmten Bauergutes; es war der servitus verwandt, und doch davon wesentlich verschieden (b). Daß dieses Verhältniß im ersten Buch unsrer Institutionen nicht erwähnt wird, erklärt sich nicht aus inneren Gründen, sondern nur aus der geringeren geistigen Selbstthätigkeit des Justinianischen Zeitalters. Man begnügte sich die Bücher der klassischen Zeit etwas zu modificiren, anstatt das lebendige Recht der Gegenwart selbstthätig darzustellen, wodurch man in den Kreis der Gegenstände jener Bücher, mit wenigen Ausnahmen, gebannt blieb.

Die künstlichen Familienverhältnisse haben übrigens in den wichtigsten Beziehungen eine ähnliche Beschaffenheit wie die natürlichen (§ 54); auch sie sind Rechtsverhältnisse gegen Jeden, der ihre Anerkennung verweigert, und auch sie werden durch praejudicia geschützt (c).

Ich habe die Benennung natürlicher und künstlicher Familienverhältnisse gebraucht, um dadurch diejenigen Theile des Familienrechts, welche juris naturalis sind, von denen welche es nicht sind, scharf zu unterscheiden. Zur Verhütung jedes Misverständnisses ist aber zu bemerken, daß die Römer den von mir als künstlich bezeichneten Instituten eine sehr verschiedene Natur zugeschrieben haben. Bey der manus und der mancipii causa konnte nicht verkannt wer-

(b) Savigny über den Römischen Colonat, Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw. B. 6. Num. IV.

(c) § 13 *J. de act.* (4. 6.).

den, daß sie dem Römischen Recht ganz eigenthümlich seyen, also zum jus civile gehörten; dieselbe Ansicht mag man auch von dem Patronat gehabt haben. Dagegen rechneten sie die Tutel, so weit sie sich auf Unmündige bezieht, zu dem jus gentium (d); eben so auch die Sklaverey, die ja bey allen anderen Völkern eben sowohl vorkam, als bey den Römern (e). In Beziehung auf diese letzte ist sehr merkwürdig die Entwicklung der Rechtsansicht, welche in Folge des Christenthums eingetreten ist. Kein Philosoph des Alterthums hielt das Daseyn eines Staates ohne Sklaven für möglich. In allen christlich-europäischen Staaten dagegen gilt die Sklaverey für unmöglich; und in den christlichen Staaten außer Europa gehört der Kampf um die Fortdauer oder Vernichtung derselben unter die wichtigsten Aufgaben, welche dem künftigen Zeitalter vorbehalten sind.

Mit den bisher dargestellten Familienverhältnissen stehen noch zwey andere Rechtslehren in enger Verbindung: die Repräsentation im Erwerb des Vermögens, und die Rechtsfähigkeit in verschiedenen Abstufungen.

Die Repräsentation im Vermögens-Erwerb (§ 113) ist geknüpft an potestas, manus, mancipium, also an Drey, oder eigentlich Vier, unter den oben dargestellten Familienverhältnissen. Allein nicht alle Familienverhältnisse ha-

(d) Gajus I. § 189.
(e) *L.* 1 § 1 *de his qui sui* (1. 6.), § 1 *J. eod.* (1. 8.).

den diesen wichtigen Einfluß: namentlich findet er sich nicht bey der Ehe als solcher, der Verwandtschaft, dem Patronat, und der Vormundschaft. Das Familienrecht geht also viel weiter als diese Lehre, und darf mit ihr nicht für identisch gehalten werden.

Die Rechtsfähigkeit (welche in den §§ 64 fg. ausführlich dargestellt werden wird) beruht auf drey Klassificationen der Menschen, womit drey Stufen der capitis deminutio zusammenhängen. Die Unterschiede der liberi und servi, der sui juris und alieni juris, sind völlig in einigen der oben angegebenen Familienverhältnisse begründet; dagegen liegt der dritte Unterschied (cives, latini, peregrini) ganz außer den Gränzen des Familienrechts, ja des Privatrechts überhaupt; auf der andern Seite aber haben mehrere Familienverhältnisse — Ehe als solche, Verwandtschaft, Patronat, Vormundschaft — gar keinen Einfluß auf die Rechtsfähigkeit. Also ist auch die Lehre von der Rechtsfähigkeit durchaus nicht identisch mit dem Familienrecht, vielmehr haben beide ganz verschiedene Gränzen.

Zuletzt ist noch die historische Entwicklung der zum Familienrecht gehörenden Institute zu erwähnen. Schon zu Justinians Zeit waren gänzlich verschwunden die manus und die mancipii causa. Bey dem Übergang des Römischen Rechts nach dem neueren Europa sind ferner verschwunden die Sklaverey und das Patronat. Eben so konnte das Römische Colonat im neueren Europa nicht bleibende Anerkennung finden, weil die ihm sehr ähnliche

Germanische Leibeigenschaft die Stelle desselben völlig einnahm. So ist es durch diese in Italien und Frankreich verdrängt, im größeren Theil von Deutschland aber niemals mit dem Römischen Recht aufgenommen worden. Demnach sind von allen jenen Instituten im heutigen Recht nur noch folgende übrig geblieben: Ehe, väterliche Gewalt, Verwandtschaft, Vormundschaft.

Dagegen sind vom Mittelalter her gar manche Rechtsinstitute auf dem Boden des Germanischen Rechts neu entstanden, in welchen, eben so wie in den schon bey den Römern vorhandenen Familienverhältnissen, ein sittliches Element als vorzugsweise einflußreich anerkannt werden muß, und die theils in das Familienrecht, theils in das Staatsrecht, wenigstens theilweise aufzunehmen sind, wenn ihre Natur richtig aufgefaßt werden soll. Dahin gehört das ganze Lehenverhältniß, die höchst mannichfaltigen gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse, und insbesondere die schon erwähnte Germanische Leibeigenschaft. Wir müssen also vermeiden, die Gränzen des Familienrechts für alle Zeiten und Völker feststellen zu wollen, und vielmehr die Möglichkeit freyer Entwicklung für jedes positive Recht anerkennen. — Auf besonders merkwürdige Weise zeigt sich diese fortgehende Rechtsentwicklung in einem der verbreitetsten Verhältnisse unsers heutigen Zustandes, dem Dienstbotenrecht. Vom Standpunkt des Römischen Rechts aus läßt sich dasselbe nur als ein Contract (operae locatae) auffassen, und für die Römer war diese beschränkte Be-

handlung hinreichend, da wegen des äußerst zahlreichen Sklavenstandes das Bedürfniß freyer Dienstboten fast gar nicht wahrgenommen wurde. Anders bey uns, die wir keine Sklaven haben, weshalb jenes Verhältniß zu einem höchst wichtigen und verbreiteten Bedürfniß geworden ist. Nun reichen wir mit der beschränkten Behandlung gleich jedem anderen Arbeitsvertrag nicht aus, und so ist im Preußischen Landrecht auf ganz richtige Weise das Dienstbotenrecht nicht unter die Contracte, sondern in das Personenrecht aufgenommen worden (f).

§. 56.

Vermögensrecht.

Für das Vermögensrecht wurden oben (§ 53) zwey Gegenstände angegeben, Sachen und Handlungen. Darauf gründen sich die beyden Haupttheile desselben: Sachenrecht und Obligationenrecht. Das erste hat zum Stoff den Besitz, oder die faktische Herrschaft über Sachen. Als Recht erscheint es einfach und vollständig in der Gestalt des Eigenthums, oder der unbeschränkten und ausschließenden Herrschaft einer Person über eine Sache. Um uns aber das Wesen des Eigenthums klar zu machen, müssen wir von folgender allgemeinen Betrachtung ausgehen. Jeder Mensch hat den Beruf zur Herrschaft über die unfreye Natur; denselben Beruf aber muß er eben so in jedem andern Menschen anerken-

(f) A. L. R. II. 5.

nen, und aus dieser gegenseitigen Anerkennung entsteht, bey räumlicher Berührung der Individuen, ein Bedürfniß der Ausgleichung, welches zunächst als ein unbestimmtes erscheint, und nur in bestimmter Begränzung seine Befriedigung finden kann. Diese Befriedigung nun erfolgt, vermittelst der Gemeinschaft im Staate, durch positives Recht. Wenn wir hier dem Staat die Gesammtherrschaft über die unfreye Natur innerhalb seiner Gränzen beylegen, so erscheinen die Einzelnen als Theilhaber dieser gemeinsamen Macht, und die Aufgabe besteht darin, eine bestimmte Regel zu finden, nach welcher die Vertheilung unter die Einzelnen ausgeführt werde. Für eine solche Vertheilung giebt es drey Wege, die nur nicht in einem ausschließenden Verhältniß zu einander gedacht werden müssen, sondern vielmehr in gewissem Maaße gleichzeitig zur Anwendung kommen können. Wir können diese drey Wege folgendergestalt bezeichnen:

1) Gemeingut und Gemeingenuß. Dieses Verhältniß findet sich bey dem ganzen Staatsvermögen, mag nun dieses im Ertrag von Steuern, Regalien, oder Domänen bestehen, indem die aus diesem Ertrag erhaltenen öffentlichen Anstalten in der That von jedem Einzelnen (wenngleich oft in verschiedenen Graden) benutzt und genossen werden.

2) Gemeingut und Privatgenuß. Diese Art der Vertheilung (die seltenste) findet sich bey dem Römischen ager

publicus der ältesten Zeit; eben so, in heutigen Corporationen, bey dem was wir Bürgervermögen nennen.

3) Privatgut und Privatgenuß, abhängig von den im positiven Recht anerkannten freyen Handlungen oder Naturereignissen. Diese, überall vorherrschende, Form ist die einzige, mit welcher wir im Privatrecht zu thun haben. Hierin liegt der Begriff des Eigenthums, dessen vollständige Anerkennung auf die Möglichkeit des Reichthums und der Armuth, beides ohne alle Einschränkung, führt.

Eine noch außer dem Eigenthum liegende Herrschaft des einzelnen Menschen über die unfreye Natur ist nicht denkbar; wohl aber läßt sich eine mannichfaltig begränzte Herrschaft innerhalb des Eigenthums denken, woraus dann, je nach den Bestimmungen jedes positiven Rechts, mehrere einzelne jura in re, als besondere Rechtsinstitute, gebildet werden können. Alle mögliche Rechte an Sachen — Eigenthum und jura in re — fassen wir unter dem gemeinsamen Namen der dinglichen Rechte zusammen (a).

Das Obligationenrecht hat zum Stoff die partielle Herrschaft über fremde Handlungen, wodurch dasjenige bedingt ist und gebildet wird, was wir, im Ganzen zusammen fassend, als den Verkehr bezeichnen. Jedoch eignen sich nicht alle Handlungen zu Gegenständen von Obligationen, sondern nur diejenigen, welche durch

(a) Diese Terminologie ist hier nur im allgemeinen, um Misverständnissen vorzubeugen, angegeben worden. Die genauere Feststellung derselben, eben so wie die Angabe der einzelnen jura in re, bleibt der besonderen Lehre des Sachenrechts vorbehalten.

ihre materielle Natur als aus der Person heraustretend und den Sachen ähnlich betrachtet werden können.

Fassen wir dieses zusammen, so zeigt sich hier ein durchgehender Gegensatz gegen das Familienrecht. In beiden Theilen des Vermögensrechts besteht der Stoff nicht so, wie bey der Familie, in einem natürlich-sittlichen Verhältniß; sie haben also keine gemischte Natur, sondern sind vielmehr reine, bloße Rechtsverhältnisse; sie gehören nicht dem jus naturale an, und die Anerkennung ihres Daseyns erscheint minder nothwendig, mehr willkührlich und positiv, als bey den Instituten des Familienrechts. Auf der anderen Seite kann hier der Zweifel gar nicht vorkommen, worin ihr wahrer rechtlicher Gehalt bestehe. Denn da in ihnen eine Erweiterung der individuellen Freyheit enthalten seyn soll (§ 53), so ist eben diese Macht, diese Herrschaft die sie uns gewähren, das was ihnen als Rechtsinstituten ihren Inhalt giebt.

Gegen die hier aufgestellte Behauptung, daß das Vermögensrecht nicht, so wie das Familienrecht, ein sittliches Element in sich schließe, könnte man einwenden, daß das sittliche Gesetz jede Art des menschlichen Handelns zu beherrschen habe, und daß also auch die Vermögensverhältnisse eine sittliche Grundlage haben müßten. Allerdings haben sie eine solche, indem der Reiche seinen Reichthum nur als ein seiner Verwaltung anvertrautes Gut betrachten soll, nur bleibt der Rechtsordnung diese Ansicht völlig fremd. Der Unterschied liegt also darin, daß das Fami-

lienverhältniß von Rechtsgesetzen nur unvollständig beherrscht wird, so daß ein großer Theil desselben den sittlichen Einflüssen ausschließend überlassen bleibt. Dagegen wird in den Vermögensverhältnissen die Herrschaft des Rechtsgesetzes vollständig durchgeführt, und zwar ohne Rücksicht auf die sittliche oder unsittliche Ausübung eines Rechts. Daher kann der Reiche den Armen untergehen lassen durch versagte Unterstützung oder harte Ausübung des Schuldrechts, und die Hülfe, die dagegen Statt findet, entspringt nicht auf dem Boden des Privatrechts, sondern auf dem des öffentlichen Rechts; sie liegt in den Armenanstalten, wozu allerdings der Reiche beyzutragen gezwungen werden kann, wenngleich sein Beytrag vielleicht nicht unmittelbar merklich ist. Es bleibt also dennoch wahr, daß dem Vermögensrecht als einem privatrechtlichen Institut kein sittlicher Bestandtheil zuzuschreiben ist, und es wird durch diese Behauptung weder die unbedingte Herrschaft sittlicher Gesetze verkannt, noch die Natur des Privatrechts in ein zweydeutiges Licht gesetzt (vgl. § 52).

Auf den ersten Blick scheint das Verhältniß der angegebenen beiden Theile des Vermögensrechts zu einander schon durch ihren bloßen Gegenstand so unabänderlich bestimmt, daß es überall in derselben Weise gefunden werden müßte. Bey genauerer Betrachtung aber zeigt sich hierin vielmehr ein sehr freyer Spielraum für mannichfaltige Bestimmungen des positiven Rechts verschiedener Völker. Und zwar finden wir diese Verschiedenheit theils in

der Gränzscheidung zwischen Sachenrecht und Obligationen, theils in der Beziehung worin beide Rechtstheile zu einander gedacht werden. — Was die Gränzscheidung betrifft, so giebt es allerdings einige äußerste Punkte, bey welchen die besondere Natur des einen oder des andern Rechtstheils ganz unverkennbar ist: so auf der einen Seite das strenge Eigenthum mit unbeschränkter Vindication, auf der anderen Seite der Dienstbotenvertrag und das Mandat. Allein zwischen diesen liegt eine natürliche Annäherung, ja ein allmäliger Übergang, darin, daß die meisten und wichtigsten Obligationen darauf abzwecken, durch fremde Handlungen ein dingliches Recht, oder wenigstens die Ausübung und den Genuß eines solchen, zu erlangen (b). In dieser Beziehung nun ist im Römischen Recht characteristisch ein scharfes Hervortreten des Eigenthums, welches sich theils in der unbeschränkten Wirkung der Vindication äußert (c), theils in der sehr beschränkten Möglichkeit einer Verminderung des Eigenthums durch jura in re (d).

(b) Nämlich alle dandi obligationes. — Darauf gründet sich der Sprachgebrauch mancher neueren Schriftsteller, nach welchem die Obligationen (jura personalia) eingetheilt werden in jura pers. in specie, und jura *ad rem*. Daries Inst. jurispr. priv. § 31. — Eben so nimmt das Preußische A.L.R. Th.1. Tit.2 § 123. 124 als Gattung das persönliche Recht, als einzelne Art das Recht **zur Sache** an.

(c) Im Gegensatz derselben nimmt das Französische Recht in der Regel keine Vindication beweglicher Sachen an, sondern nur ausnahmsweise bey besonderen Arten des Besitzverlustes. Eben so giebt das Preußische Recht dem redlichen Käufer bey Sachen aller Art das Recht, vom Eigenthümer Ersatz des Kaufpreises zu verlangen.

(d) Das R.R. läßt jura in re nur in bestimmten einzelnen Fäl-

Alles hängt nun davon ab, ob die Sache an sich, unabhängig von einer fremden Handlung, schon Gegenstand unsres Rechtes ist, oder ob unser Recht unmittelbar nur auf eine fremde Handlung, als unsrer Herrschaft unterworfnen Gegenstand, gerichtet ist, mag auch diese Handlung zum Ziel haben, uns das Recht an einer Sache, oder den Genuß derselben, zu verschaffen. Als sicheres Kennzeichen dieser Gränze dient das Daseyn einer in rem oder in personam actio (e), welcher Unterschied zwar meistens, aber keineswegs allgemein, mit dem Unterschied eines unbestimmten oder bestimmten Gegners zusammen fällt (f). — Auch die Beziehung beider Vermögenstheile

len als möglich zu. Das Preußische Recht dagegen erklärt jedes Nutzungsrecht an fremden Sachen für dinglich, sobald Besitz hinzutritt, ohne Unterschied der Veranlassung und des Zweckes.

(e) Das soll nicht heißen, die Gränze dieser beiden Klagearten fiele überhaupt zusammen mit den Gränzen des Sachenrechts und Obligationenrechts, denn es giebt sehr wichtige in rem actiones, die nicht in das Sachenrecht gehören. Wohl aber sind alle Klagen aus dinglichen Rechten in rem, alle Klagen aus Obligationen in personam. Die genauere Feststellung dieses Punktes gehört zu einem später folgenden Abschnitt.

(f) Häufig sagt man, das Wesen der in rem actio, im Gegensatz der in personam, bestehe darin, daß jene gegen jeden Dritten, gegen jeden Besitzer, gehe, diese aber nicht. Allein die a. quod metus causa geht als in rem scripta gegen jeden Dritten, und ist darum nicht minder in personam. — Indessen sind doch dieses immer nur seltene Ausnahmen, und wenn wir den Gegenstand im Großen auffassen, sind wir wohl berechtigt zu sagen, die dinglichen Rechte unterscheiden sich von den Obligationen gerade durch ihre allgemeine Wirksamkeit gegen Alle, nicht blos gegen bestimmte Individuen. Eine Folge dieses im Großen richtigen Unterschieds ist denn auch die, daß die dinglichen Rechte, da sie auf unbestimmte Gegner, also in der größten Ausdehnung wirken sollen, auch eine fester bestimmte Natur haben als die Obligationen,

auf einander kann durch jene schwankende Gränze leicht verdunkelt werden. Das Römische Recht hält beide streng aus einander, und behandelt jeden Theil für sich als ganz unabhängig innerhalb seiner Gränzen. So das Eigenthum als selbständige Herrschaft über eine Sache, ohne Rücksicht auf die Obligation die etwa als Vermittlung und Vorbereitung dazu diente: die Obligation als selbständige Herrschaft über eine fremde Handlung, ohne Rücksicht auf das dingliche Recht worauf diese Handlung vielleicht abzweckt. Von dieser, der Natur jener Rechte völlig angemessenen Behandlung ist nun eine zwiefache Abirrung möglich: entweder indem die Obligationen allein in's Auge gefaßt werden, so daß die dinglichen Rechte nur als Folgen oder Entwicklungen derselben erscheinen (g): oder indem umgekehrt die dinglichen Rechte allein als wahrer Gegenstand der Rechtsbestimmungen erscheinen, da dann die Obligationen nur als Erwerbungsmittel der dinglichen Rechte in Betracht kommen (h). Jede dieser Behandlungs-

d. h. daß sie mehr absolutes Recht oder jus publicum (§ 16) enthalten.

(g) So geschieht es bey Domat, lois civiles. Er theilt das ganze Recht in Engagemens (Recht unter Lebenden) und Successions (Erbrecht). Die Engagemens sind Obligationen, neben welchen nur gelegentlich auch dingliche Rechte als Folgen oder Verstärkungen vorkommen.

(h) So im Französischen Code civil, welcher drey Bücher hat: 1) Personen, 2) Sachen und Modificationen des Eigenthums, 3) Erwerbungsarten des Eigenthums; diese sind dreyfach: *a*) Successions, d. h. Intestaterbfolge, *b*) donatio inter vivos und Testament, *c*) Wirkung der Obligationen. (Art. 711.). — Allein dieses Übergewicht des Eigenthums ist hierdoch nur scheinbar, da das zweyte Buch sehr mager ist, das dritte dagegen den größten Theil des ganzen Privatrechts enthält, wobey die vorherrschende Rücksicht

weisen ist schon an sich, als gezwungen und einseitig, der Einsicht in die wahre Natur der Rechtsverhältnisse hinderlich: nicht zu gedenken, daß sie auf manche Rechtsverhältnisse ganz und gar nicht passen, so daß diese bey consequenter Durchführung des Grundgedankens eigentlich ganz wegfallen müßten (i).

Wir verstehen nun in der einzelnen Anwendung unter *Vermögen* die Totalität aller hier beschriebenen Verhältnisse, insoferne sie sich auf eine bestimmte Person als deren Träger beziehen. Dieser wichtige Rechtsbegriff wird noch durch folgende nähere Bestimmungen ausgebildet. Erstlich ist die Beziehung dieser Rechte auf eine bestimmte Person zufällig und wandelbar, so daß also jedes Vermögen einen bestimmten Umfang hat nur unter Voraussetzung eines gegebenen Zeitpunktes, und daß es in jedem anderen Zeitpunkt einen ganz verschiedenen Inhalt haben kann. Zweytens können wir in der allgemeinen Betrachtung des individuellen Vermögens abstrahiren von der Beschaffenheit der einzelnen Rechte, woraus es gerade besteht, und durch diese Abstraction verwandelt es sich für unsre Betrachtung in eine reine Quantität von gleicharti-

auf das Eigenthum nur in der Überschrift figurirt. — Eben so betrachtet das Preußische Landrecht die obligatorischen Verträge und die Testamente nur als Titel zum Erwerb des Eigenthums (Th. I. Tit. 11. 12. 13.).

(i) So z. B. findet sich consequenterweise bey *Domat* für die Occupation und die sogenannte Specification kein Platz. Das Preuß. Landrecht und der Code civil behandeln das Mandat als ein Mittel zum Erwerb des Eigenthums, obgleich dasselbe nach seiner allgemeinen Natur eben sowohl auf andere Zwecke gerichtet seyn kann.

gem Gehalt. Die abstracte Behandlung des Vermögens aber macht es ferner möglich und nöthig, in dasselbe auch die passive Seite der Obligationen mit hinein zu ziehen, das Verhältniß des Schuldners, welches nicht so, wie das bisher betrachtete Vermögen, eine erweiterte Freyheit begründet, sondern eine verminderte. Indem wir auf diese Weise auch die Schulden als Bestandtheile des Vermögens ansehen, müssen wir annehmen, daß die Totalität eines jeden Vermögens bald ein Plus, bald ein Minus, bald auch eine völlige Indifferenz oder eine Null, darstellen kann.

Diese rein quantitative Behandlung des Vermögens, ohne welche eine Handhabung des Rechts nur in sehr unvollkommener Weise möglich seyn würde, wird vermittelt durch den Begriff des Werthes, oder der Gleichstellung verschiedenartiger Vermögensrechte durch Reduction auf ein gemeinschaftliches Drittes. Und dieser Begriff wiederum wird äußerlich dargestellt und in das wirkliche Leben eingeführt durch das Geld, so daß also für den juristischen Gebrauch Werth und Geldwerth gleichbedeutende Ausdrücke sind, und auch in der That abwechselnd angewendet zu werden pflegen (k). Das individuelle Vermö-

(k) Im älteren Römischen Prozeß trat diese praktische Zurückführung aller, auch der verschiedenartigsten, Rechte auf Geldwerth besonders sichtbar hervor. Gajus IV. § 48. — Hegel Naturrecht § 63 bestimmt die Begriffe von Werth und Geld im Ganzen richtig, und ist nur darin einseitig, daß er lediglich einen Eigenthums- oder Verkaufswerth anerkennt, also weder einen Gebrauchswerth annimmt, noch einen Sachwerth unter Voraus-

gen wird also dadurch in eine reine Quantität verwandelt, daß alle Bestandtheile desselben in das Eigenthum von Geldsummen aufgelöst werden: so das Eigenthum jeder anderen Sache — alle jura in re — der bloße Gebrauch einer Sache, natürlich mit besonderer Rücksicht auf dessen Dauer — endlich auch Obligationen, also Forderungen und Schulden, mögen sie nun auf das Verschaffen dinglicher Rechte und ihres bloßen Genusses gerichtet seyn oder nicht (dare, facere). Dadurch wird es möglich, auch die reine faciendi obligatio auf wahres Eigenthum zurückzuführen (l), so daß sich nun das individuelle Vermögen stets als Eigenthum einer Geldsumme, oder als unbezahlbare Geldschuld, oder als völliges Nichts auffassen läßt. Zugleich aber erhält nunmehr einen bestimmteren Sinn die im Anfang dieses §. gemachte Bemerkung, daß nicht alle Handlungen zu Gegenständen von Obligationen gleichmäßig geeignet sind: es eignen sich nämlich dazu nicht diejenigen Handlungen, für welche die Verwandlung in Geldsummen völlig undenkbar seyn würde; wenigstens kön-

setzung eines unveräußerlichen Eigenthums; gewiß also noch weit weniger einen Werth der Handlungen, insbesondere der Arbeit, die er in jener Stelle nur nicht erwähnt. Allein durch diese unnöthige Beschränkung verliert jener Begriff den größten Theil seiner Brauchbarkeit.

(l) Welche praktische Folgen an diese bloße Möglichkeit zu knüpfen sind, bleibt hier noch ganz unentschieden. Erst im Obligationenrecht kann untersucht werden, ob eine solche Verwandlung stets in der Wahl des Schuldners steht, oder ob sie nur als Aushülfe gelten darf da wo der ursprüngliche Gegenstand der Obligation nicht mehr möglich ist.

nen diese nur uneigentlich und in unvollkommner Weise als Obligationen angesehen werden.

In dem Begriff des individuellen Vermögens ist die Einheit, die wir ihm zuschreiben, gegründet in der Person des Inhabers. Für bestimmte Zwecke aber läßt sich dieser einmal für sich ausgebildete Begriff auch auf irgend eine andere, künstlich angenommene Begränzung übertragen, wobey denn die Einheit eine willkührlich angenommene ist. Dieses kommt vor bey dem Peculium und der Dos, die allerdings für gewisse Zwecke als eigen begränztes Vermögen angesehen werden (m). Man bezeichnet häufig jeden Fall dieser Art als Universitas juris. Der Name Universitas paßt darauf unstreitig, denn dieser bezeichnet überall ein jedes Ganze im Gegensatz seiner Bestandtheile gedacht (n). Die Zusammensetzung beider Ausdrücke kommt in der Römischen Sprache nicht vor. Aber wichtiger und tadelnswerther ist es, daß man sich durch diesen neu erfundenen Kunstausdruck hat verleiten lassen, jenen Fällen eine gemeinschaftliche Natur zuzuschreiben, und darauf ei-

(m) Zu diesen zwey Fällen kommt noch ein viel wichtigerer hinzu, die Erbschaft; davon aber kann erst im folgenden §. geredet werden.

(n) Diese Benennung wird angewendet ohne Unterschied, ob es ein Ganzes von Personen ist (z.B. eine Bürgergemeine), oder von Sachen (Heerde, Bibliothek), oder von Rechten (Peculium, Dos); ferner bey der Universitas von Sachen, ohne Unterschied ob die Theile körperlich zusammenhängen (Haus im Gegensatz der Balken und Steine) oder nicht (Heerde): ohne Unterschied ob der körperliche Zusammenhang durch die Natur hervorgebracht ist (Thier und Pflanze im Gegensatz der einzelnen Theile) oder durch menschliche Willkühr (Haus).

nige willkührlich angenommene Rechtsregeln anzuwenden. Es hat aber vielmehr jeder dieser Fälle seine ganz eigene Natur, und es ist für jeden derselben diese Natur und die dafür geltende Rechtsregel besonders festzustellen (o).

§. 57.

Vermögensrecht. Fortsetzung.

Es ist oben (§ 53) bemerkt worden, daß in der Wirklichkeit die Verhältnisse der Familie und des Vermögens einander vielfach berühren, und daß diese Berührung in jeder dieser beiden Klassen eigenthümliche Entwicklungen erzeugt. So war im Familienrecht die Sklaverey lediglich entstanden aus der Aufnahme eines Falles des gewöhnlichen Eigenthums in die Familiengesellschaft: die potestas war also Folge des dominium, und theilte alle Schicksale desselben, wie sich dieses namentlich in der unbedingt möglichen Veräußerung und Vererbung der Sklaven zeigt. Patronat und Mancipium hatten sich wieder aus der Sklaverey herausgebildet: die Vormundschaft hat ihren Zweck und ihre Bedeutung lediglich in dem Vermögen. Das Colonat schließt sich ganz an ein obligatorisches Verhältniß an, welches den Inhalt desselben ausmacht, und dessen Schicksale es theilt, z. B. in dem Übergang auf die Erben des Herrn.

(o) Dieser Gegenstand ist auf gründliche und überzeugende Weise behandelt von Hasse über Universitas juris und rerum, Archiv B. 5. N. 1.

Eben so finden sich nun auch ähnliche Rückwirkungen der Familie auf das Vermögen. Die erste und unmittelbarste besteht darin, daß eigenthümliche Vermögensinstitute an die einzelnen Familienverhältnisse selbst sich ansetzen: dingliche Rechte nämlich und Obligationen, die in dieser Gestalt und mit diesem Verlauf nur unter der Voraussetzung bestimmter Familienverhältnisse möglich sind. Wir nennen die Gesammtheit derselben das angewandte Familienrecht, und dieses ist gerade dasjenige, was der Familie vorzugsweise ihren eigentlich juristischen Character giebt (§ 54).

Außerdem ist aber auch das Vermögensrecht in seinen eigenen Gränzen derjenigen weiteren Entwicklung empfänglich und bedürftig, die wir mit dem Namen des Erbrechts bezeichnen; dessen Bedeutung soll nunmehr dargelegt werden.

Ursprünglich betrachteten wir das Vermögen als eine Machterweiterung des einzelnen Menschen, folglich als ein Attribut desselben in seiner abgeschlossenen Persönlichkeit. Da nun diese von vergänglicher Natur ist, so muß das Vermögen jedes Menschen mit dessen Tod seine rechtliche Bedeutung verlieren, das heißt in das Nichts zurück fallen. Allein alles Recht überhaupt erhält seine Realität und Vollendung erst im Staate, als positives Recht dieses Staates, und so konnte auch das Eigenthum zu einem wirklichen Daseyn nur dadurch gelangen, das es zunächst auf den Staat und vermittelst der im positiven Recht des

Staats ausgebildeten Regeln auf die einzelnen Rechtsgenossen im Staate, als Eigenthümer, bezogen wurde (§ 56). Wenden wir diese Auffassung auf den erwähnten Fall an, da ein Vermögen durch den Tod seines Inhabers aufhört, als ein Attribut desselben zu bestehen, so wird es nun nicht mehr in das Nichts zurückfallen, indem seine Beziehung auf jene entferntere Grundlage, wegen der unvergänglichen Natur des Staates stets fortdauert. Wie nun oben für die rechtliche Ausbildung der Herrschaft des Menschen über die unfreye Natur verschiedene mögliche Wege dargestellt wurden, so kann auch ein solches, durch den Tod zunächst herrenlos gewordenes, Vermögen auf verschiedene Weise behandelt werden, um dem gesammten Rechtsorganismus als Bestandtheil ununterbrochen erhalten zu bleiben.

Die erste mögliche Behandlung zu diesem Zweck liegt darin, daß das Vermögen als Privatvermögen fortdauert, indem durch eine Art von Fiction der Verstorbene als über seinen Tod hinaus fortwirkend angesehen wird. Auch dieses wieder kann auf zweyerley Art geschehen: theils indem der im Leben ausgesprochene Wille noch nach dem Tode das Schicksal des Vermögens bestimmt (Testamente und Erbverträge); theils indem Diejenigen die Herrschaft über das Vermögen fortsetzen, welche dem Verstorbenen während seines Lebens in irgend einer Weise nahe standen (Intestaterbfolge): wobey denn vorzugsweise der Ge-

danke an die durch die Blutsverwandtschaft begründete Fortsetzung der Individualität (§ 53) von Einfluß ist.

Nach einer zweyten möglichen Behandlung wird das, was bisher Privatvermögen war, bey dem Tod des Inhabers in Staatsvermögen verwandelt. Dieses findet sich nicht selten in den Staaten des Orients. Aber auch im christlichen Europa tritt häufig dieses Verfahren ein, wiewohl auf weit beschränktere Weise; nämlich überall wo Erbschaftssteuern eingeführt sind, deren eigentliches Wesen in einer Theilung der Erbschaft zwischen dem Staat und anderen Erben besteht.

Uns geht hier nur die erste mögliche Lösung der Aufgabe an, nicht blos weil sie im Römischen Recht anerkannt ist, sondern auch weil sie allein dem Privatrecht angehört, mit welchem wir uns ausschließend zu beschäftigen haben. Bey dieser nun entsteht vor allem die wichtige Frage, in welcher juristischen Form jener Übergang des erledigten Vermögens auf neue Privat-Inhaber bewirkt werden soll. Die Verschiedenheiten, welche in dieser Hinsicht wahrgenommen werden, hängen nicht etwa von verschiedenen Principien ab, zwischen welchen zu wählen wäre, sondern vielmehr von der mehr oder weniger gründlichen Auffassung und Lösung der Aufgabe selbst. Es wäre denkbar, daß eine Gesetzgebung sich auf Bestimmungen beschränkte, wodurch die einzelnen Bestandtheile des Vermögens, insoferne sie Etwas werth sind, auch wirklich an die Personen gebracht würden, welchen das erledigte

Vermögen zufallen soll; dadurch wäre für den unmittelbar praktischen Zweck nothdürftig gesorgt. Betrachtet man aber das eigentliche Wesen und Bedürfniß des hier vorliegenden Rechtsverhältnisses, so muß das Vermögen als Einheit behandelt werden, deren Grund in der gemeinsamen Beziehung auf den verstorbenen Inhaber zu suchen ist; diese Behandlung aber führt nothwendig weiter zur Durchführung der Ansicht des Vermögens als einer reinen Quantität, mit Abstraction von der verschiedenen Beschaffenheit seiner einzelnen Bestandtheile (§ 56). In der Kunstsprache wird dieses so ausgedrückt: alle Erbfolge ist zu behandeln als eine Successio per universitatem, neben welcher nur auf untergeordnete Weise, und als beschränkende Ausnahme, eine besondere Succession in einzelne Vermögenstheile vorkommen kann (a). Es gehört zu den merkwürdigsten Erscheinungen in der Geschichte des Römischen Rechts, daß in demselben diese Ansicht auf so klare und bestimmte Weise anerkannt und durchgeführt worden ist, und zwar lediglich durch ächt praktischen Takt, lange zuvor ehe an eine wissenschaftliche Ausbildung dieses Rechtsinstituts gedacht werden konnte (b).

(a) Ich gebrauche diese Ausdrücke hier nur vorläufig; die genauere Feststellung derselben, so wie die der Succession im Allgemeinen, wird in einem nachfolgenden Abschnitt vorkommen.

(b) Ich bin weit entfernt zu behaupten, daß die Römer dieses Verhältniß schon frühe auf eine abstracte Weise aufgefaßt und bestimmt hätten. Es giebt aber eine rein praktische Veranlassung, auf diese Frage einzugehen, wobey es sich dann zeigen muß, ob man ihren wahren Sinn erkannt hat oder nicht: dieses sind die Forderungen und Schulden in der Erbschaft. Was nun darüber

Es geht hieraus eine zwiefache Betrachtung des ganzen Erbrechts hervor, deren jede gleich wahr und wichtig ist. Es erscheint dasselbe nehmlich erstlich als eine Erwerbungsart aller einzelnen zum Vermögen gehörenden Rechte, als *adquisitio* per universitatem (c). Zweytens erscheint der Gegenstand desselben als ein eigenthümliches, für sich bestehendes Recht, als eine universitas (d), und hierauf bezieht sich insbesondere die eigenthümliche Art der Rechtsverfolgung, die dabey eintritt. Beide Auffassungen vereinigen sich in der Ansicht, nach welcher die Erben mit dem Verstorbenen Eine Person ausmachen, also denselben fortsetzen oder repräsentiren. Durch diese Ansicht wird also das ursprüngliche Verhältniß völlig umgekehrt. Denn anstatt daß ursprünglich der Mensch als die Substanz gedacht werden muß, das Vermögen als Accidens, indem es die Freyheit des Menschen nur modificirt durch Erwei-

schon die zwölf Tafeln bestimmt haben, war so durchgreifend und befriedigend, daß die Rechtswissenschaft zur Zeit ihrer höchsten Ausbildung Nichts daran zu bessern vorfand. Die ganze Successio per universitatem war also schon damals in voller Bestimmtheit gedacht. Vergl. *L.* 6 *C. fam. herc.* (3. 36.). *L.* 25 § 9. 13 *eod.* (10. 2.). *L.* 7 *C. de her. act.* (4. 16.). *L.* 26 *C. de pactis* (2. 3.).

(c) Bey Gajus, und daher auch in Justinians Institutionen, ist das ganze Erbrecht nur von diesem Gesichtspunkt aus in das System der Rechtsinstitute eingefügt worden. Die Einseitigkeit dieser Auffassung zeigt sich nun unter andern auch darin, daß es als Erwerbungsgrund des Eigenthums dargestellt ist, da es doch in dieser Hinsicht dem Eigenthum nicht mehr und nicht weniger angehört, als den Obligationen.

(d) Die Erbschaft wird daher von den Neueren eine universitas juris genannt, an welchen unächten Ausdruck sich dann weiter manche die Sache betreffende nicht unwichtige Irrthümer anschließen (§ 56).

terung, so erscheint uns nunmehr das Vermögen als das Bleibende und Wesentliche, zu welchem sich die einzelnen Inhaber nur als vorübergehende, wechslende Beherrscher verhalten.

Als Gegenstand des Erbrechts wurde hier stets das Vermögen ausschließend behandelt, worin die Behauptung liegt, daß die Familienverhältnisse nicht zu den Gegenständen desselben gehören. Eigenthum und Obligationen also werden vererbt, Ehe, väterliche Gewalt und Verwandtschaft werden nicht vererbt. Allein diejenigen künstlichen Institute des Familienrechts, die sich ganz an ein zum Vermögen gehörendes Recht anschließen, müssen auch die Schicksale desselben theilen (§ 55). So werden die Sklaven, wie jedes andere Eigenthumsstück, vererbt: eben so die Colonen mit dem Bauergute, mit welchem sie unzertrennlich verbunden sind.

In der Aufstellung des Erbrechts liegt die Vollendung des Rechtsorganismus, welcher dadurch über die Lebensgränze der Individuen hinaus erstreckt wird. Vergleichen wir das Erbrecht mit demjenigen, was wir früher als Vermögensrecht kennen gelernt haben, so erscheint es demselben nicht untergeordnet, sondern coordinirt. Von dem nun gewonnenen höheren Standpunkt aus müssen wir in dem gesammten Vermögensrecht zwey Haupttheile annehmen: das gleichzeitige und das successive Vermögensrecht. Das erste enthält die Bedingungen, unter welchen jedes Individuum für irgend einen gegebenen Zeitpunkt Vermö-

25

gen für sich begründen kann (Sachenrecht und Obligationenrecht). Zwar kann auch hierin ein Wechsel durch Änderungen in der Zeit eintreten, aber er ist zufällig, und dem Wesen des Vermögens fremd. Bey dem zweyten dagegen erscheint dieser Wechsel als nothwendig herbeygeführt durch das jedem Individuum vorbestimmte Lebensziel, ja er selbst ist die Grundlage und der eigentliche Inhalt des ganzen Rechtsverhältnisses.

§. 58.

Übersicht der Rechtsinstitute.

Die hier versuchte Zusammenstellung der Rechtsinstitute ist gegründet auf das innerste Wesen derselben, nämlich auf ihren organischen Zusammenhang mit dem Wesen des Menschen selbst, welchem sie inhäriren. Alle andere Eigenschaften derselben müssen dagegen vergleichungsweise als untergeordnet, und zur Grundlage des ganzen Rechtssystems nicht geeignet erscheinen. Dahin gehören insbesondere folgende Beziehungen. Erstlich das Object der Rechtsverhältnisse, oder dasjenige was durch sie unsrem Willen eigentlich unterworfen wird (a). Diese Beziehung hat nur Realität unter Voraussetzung der Herrschaft als Grundcharacters der Rechtsverhältnisse, wobey man allerdings zunächst zu fragen hat, was von uns beherrscht werden soll. Sie eignet sich also zu einer Un-

(a) So wird der Begriff des Rechtsobjects richtig bestimmt von Puchta, Rhein. Museum B. 3 S. 298.

terabtheilung des Vermögensrechts (§ 56), aber nicht zu einer höchsten Eintheilung überhaupt, da sie auf die Familie nicht paßt (§ 54). — Zweytens gehört dahin die Beschaffenheit der dem Berechtigten gegenüber stehenden Person, je nachdem nämlich unser Recht gegen alle Menschen überhaupt gerichtet ist, oder nur gegen bestimmte Individuen. Von diesem Standpunkt aus würden die Rechtsinstitute scheinbar also anzuordnen seyn:

1) Gegen Alle: die dinglichen Rechte und das Erbrecht.

2) Gegen bestimmte Individuen: die Familienverhältnisse und die Obligationen.

Hieraus entsteht eine scheinbare Verwandtschaft der Familie mit den Obligationen, wodurch sich Manche haben täuschen lassen. Die Unwahrheit derselben beruht darauf, daß dasjenige, was zwischen den beiden Individuen vorgeht, in beiden Fällen etwas völlig Ungleichartiges ist. Denn bey den Obligationen ist es partielle Unterwerfung des Einen unter des Andern Willen: bey der Familie ist es ein natürlich-sittliches, daneben auch rechtliches, Lebensverhältniß, welches durch Beider Verbindung fortwährend hervorgebracht werden soll, und wobey eine solche Unterwerfung gar nicht Inhalt des Rechtsverhältnisses ist, welches vielmehr nur in dem allgemeinen, gegen Alle gerichteten Anspruch auf Anerkennung des Daseyns dieses Familienbandes besteht (§ 54). Es ist also eine blos äußerliche und zufällige Verwandtschaft,

wodurch man sich in diesem Fall täuschen läßt, nicht wahre Gleichartigkeit (b).

Die einzelnen Rechtsinstitute selbst sind bis hierher in folgender Ordnung aufgezählt worden, wobey nur gegenwärtig diejenigen weggelassen werden sollen, welche für das heutige Römische Recht keine Bedeutung mehr haben:

Ehe.
Väterliche Gewalt.
Verwandtschaft.
Vormundschaft.
} Reines Familienrecht.

Sachenrecht, oder Eigenthum und Jura in re.
Obligationen.
Angewandtes Familienrecht.
Erbrecht.

Es fragt sich aber, ob es möglich und zweckmäßig ist, dieselben auch in dieser Ordnung darzustellen, ob also die natürliche Reihe, worin uns die Begriffe dieser Institute vor Augen treten, zugleich auch als die zweckmäßige Lehrfolge anzusehen ist. Dagegen scheint besonders folgende Einwendung erheblich. Es ist zwar an sich möglich, das

(b) Nur durch Misverständniß könnte dieses so gedeutet werden, als würde hier der Familie ein schwächeres Band zwischen Individuen zugeschrieben in Vergleichung mit den Obligationen. Gerade umgekehrt afficirt die Familie den ganzen Menschen in seinem innersten Wesen: die Obligation geht nur auf des Schuldners äußere, als von ihm ablösbar zu denkende Handlung (§ 56). Das Band ist also bey der Familie gewiß kein schwächeres, wohl aber ein anderes: die Herrschaft und Unfreyheit, worin das Wesen der Obligation besteht, ist für das Gebiet, worin die Familie ihr wahres Wesen hat, viel zu materiell.

angewandte Familienrecht von dem reinen zu trennen, und als einen eigenen Abschnitt des ganzen Vermögensrechts abzuhandeln: allein die lebendige Anschauung der Familienverhältnisse muß nothwendig dabey gewinnen, wenn mit der Familie an sich, auch die Einflüsse derselben auf das Vermögen in unmittelbare Verbindung gebracht werden. Soll nun dieses geschehen, so ist es durchaus nöthig, das ganze Familienrecht hinter das Vermögensrecht zu stellen, weil der Einfluß der Familie auf das Vermögen nicht verstanden werden kann, wenn nicht eine zusammenhängende Darstellung des Sachenrechts und der Obligationen vorhergegangen ist. Das Erbrecht endlich würde völlig unverständlich bleiben müssen, wenn nicht eine vorangehende genaue Darstellung der Familie den Grund dazu gelegt hätte. Aus diesen Betrachtungen ergiebt sich folgende Anordnung der Rechtsinstitute, die ich als die einfachste und zweckmäßigste meiner Darstellung zum Grund legen werde:

Sachenrecht.

Obligationen.

Familienrecht (reines und angewandtes).

Erbrecht.

Nach dieser Darlegung des Inhalts unsers Rechtssystems könnte man erwarten, daß nun sogleich die Darstellung des Sachenrechts beginnen werde. Wir befinden uns dagegen jetzt noch inmitten eines allgemeinen Theils von nicht unbeträchtlichem Umfang. Ein solcher ist nun auch schon von anderen Schriftstellern aufgestellt worden, und

hat nicht selten dazu dienen müssen, Rechtsinstitute unterzubringen, wofür in dem System selbst kein bequemer Platz aufzufinden schien; diese Behandlung desselben als einer bloßen Nothhülfe ist denn von anderen Seiten wieder vielfältig getadelt worden. Es fragt sich aber, ob nicht ein Grund innerer Nothwendigkeit für ein solches Verfahren aufzufinden ist, woraus sich dann zugleich die rechten Gränzen desselben ergeben würden.

Wenn wir es versuchen, die einzelnen Rechtsinstitute in dem lebendigen Zusammenhang ihrer Theile, also vollständig darzustellen, so kommen wir dabey nothwendig auf manche Seiten ihres Wesens, die bey jedem anderen Institut gleichfalls erscheinen, wenngleich vielleicht mit einigen Modificationen. Dahin gehört hauptsächlich die Natur der Rechtssubjecte, und insbesondere ihrer Rechtsfähigkeit: ferner die Entstehung und der Untergang der Rechtsverhältnisse: endlich der Schutz der Rechte gegen Verletzung, und die daraus hervorgehenden Modificationen der Rechte selbst. Es giebt in der That kein Rechtsinstitut, in welchem nicht die Erörterung dieser Fragen nöthig und wichtig wäre. Wir könnten nun solche Stücke bey jedem Institut wieder ganz und von Neuem abhandeln, aber eine Wiederholung dieser Art würde weder für den Schriftsteller noch für den Leser erträglich seyn. Wir könnten sie ganz und vollständig bey dem ersten vorkommenden Rechtsinstitut (also nach unsrer Anordnung bey dem Eigenthum) abhandeln, und bey den nachfolgenden darauf verweisen: allein auch

dieses Verfahren würde sogleich als willkührlich und unverhältnißmäßig sich darstellen. Dazu kommt aber noch die wichtigere Rücksicht, daß das wahrhaft Gemeinsame in solchen Theilen der Rechtsinstitute gerade durch die Zusammenstellung gründlicher erkannt werden kann. Und so erscheint es denn von allen Seiten gerathen, dieses wirklich Gemeinsame auszuziehen und dem System der besonderen Rechtsinstitute voran zu stellen, um dann bey jedem einzelnen die Modificationen, die für dasselbe gelten, an jene gemeinsame Grundlage anknüpfen zu können.

Allerdings kann die Aufstellung eines solchen allgemeinen Theils dadurch der richtigen Einsicht nachtheilig werden, daß auf diese Weise leicht als allgemein dargestellt wird, was in der That nur in einer concreten Beziehung Anwendung findet. So z. B. wenn in den allgemeinen Theil die Lehre von den Zinsen oder von der Correalschuld aufgenommen wird, welche beide doch nur für die Obligationen gelten können. Noch häufiger, als eine solche unrichtige Stellung ganzer Rechtsinstitute, wird die ungehörig allgemeine Behandlung mancher besonderen Begriffe oder Rechtssätze vorkommen, und diese wird, weil sie unscheinbarer ist, sogar noch leichter zu irrigen Ansichten verleiten können. Hierin ist also große Sorgfalt anzuwenden, damit nicht das Besondere schon durch die falsche Stellung einen täuschenden Schein von Allgemeinheit erhalte, wodurch die richtige Gränze zwischen dem wahrhaft Allgemeinen und dem Besonderen überschritten wer-

den würde. Ohnehin war für unsre Wissenschaft von jeher eine der ergiebigsten Quellen falscher Ansichten in einem grundlosen Bestreben nach Abstractionen zu finden: dieses Bestreben aber kann durch die willkührliche und unkritische Aufstellung eines allgemeinen Theiles ganz besonders befördert werden. So wenig aber diese Gefahr verkannt, und die Warnung gegen eine übertriebene Ausdehnung des allgemeinen Theils versäumt werden soll, so kann doch auch umgekehrt die Wahrheit dadurch gefährdet werden, daß ein Begriff oder ein Rechtssatz nicht in der ihm wirklich zukommenden Allgemeinheit aufgefaßt wird. Und so ist also hier, wie überall, der Takt, welcher das rechte Maaß zu halten weiß, der einzige Schutz wider entgegengesetzte Verirrungen.

Vielleicht wäre über diesen Punkt von jeher weniger Zweifel und Streit entstanden, wenn man stets die verschiedenen Zwecke und Formen der Mittheilung nach ihrer Eigenthümlichkeit in's Auge gefaßt hätte. In einer Vorlesung über Institutionen ist es gewiß räthlich, so schnell als möglich auf das Besondere einzugehen, damit vor Allem der Zuhörer in den Besitz concreter Anschauungen von Rechtsinstituten gesetzt werde. In den Vorlesungen über Pandekten läßt sich schon mehr Allgemeines mittheilen, ohne Gefahr, daß dieses für den Zuhörer gestaltlos und ohne Anschaulichkeit bleibe. Aber noch weiter darf der Schriftsteller gehen, da dieser gewiß auf eine große Mehrzahl von Lesern rechnen kann, die in der Mitthei-

lung nur eine neue Zusammenstellung und Verarbeitung, oder aber eine kritische Prüfung und Berichtigung, der in ihnen bereits vorhandenen concreten Kenntnisse finden werden.

§. 59.

Abweichende Meynungen über die Klassification.

Es ist nicht meine Absicht, die vielfachen Arten, wie Andere den inneren Zusammenhang der Rechtsinstitute gedacht, und darnach auch ihre Darstellung derselben angeordnet haben, einzeln durchzugehen. Manches, das zu ihrer Beurtheilung dienen kann, ist schon in der Darlegung meines eigenen Planes enthalten. Ein Misverständniß von allgemeinerer Natur muß jedoch hier noch erwähnt werden. Soll uns eine vollständige Einsicht in das Wesen der Rechtsverhältnisse entstehen, wie sie in das wirkliche Leben eingreifen, so ist es nicht genug, ihren Inhalt zu kennen, also die Wirksamkeit, die ihnen in der gegenwärtigen Zeit zuzuschreiben ist, sondern es muß uns zugleich ihr eigener Lebensprozeß klar werden, also neben der stabilen Seite ihrer Natur auch die bewegliche Seite derselben. Dazu gehört ihre Entstehung und Auflösung, ihre Entwicklung und ihr möglicher Übergang in neue Gestalten (Metamorphose), vorzüglich auch ihre Verfolgung wenn sie verletzt werden. Man hat nun zuweilen diese einzelnen Momente in dem organischen Leben der Rechts-

verhältnisse als eigene, neue Rechte aufgefaßt, sie mit den ursprünglichen Rechtsverhältnissen auf Eine Linie gestellt, und nun die Stelle aufgesucht, die ihnen im System aller Rechte anzuweisen wäre (a). Ein solches Verfahren konnte nur zur Verwirrung der Begriffe führen.

Wenngleich nun die Prüfung der einzelnen Versuche zur systematischen Anordnung der Rechtsverhältnisse hier im Allgemeinen abgelehnt wird, so muß dieses doch eine Ausnahme leiden bey derjenigen Anordnung, die wir in Justinians Institutionen finden. Denn diese ist seit Jahrhunderten von so vielen Lehrern und Schriftstellern (wenigstens der Absicht und dem Namen nach) befolgt worden, daß sie das historische Gewicht einer großen Autorität mit sich führt, und daß es nöthig ist, die Verschiedenheit der von mir vorgezogenen Anordnung zu rechtfertigen, wenigstens zu erklären (b). Was wir bis auf die neueste Zeit als die Justinianische Anordnung kannten, das kennen wir jetzt genauer als die des Gajus, welche Justinian durchaus beybehalten hat, soweit nicht eine Abänderung durch die in dem Rechte selbst eingetretenen Ände-

(a) So war die Rede von dem Recht des Menschen, seinen Willen zu erklären, eine Ehe oder einen obligatorischen Vertrag zu schließen, Eigenthum zu erwerben, eine Klage anzustellen, Restitution zu begehren u. s. w.

(b) Mit besonderer Vorliebe und Gründlichkeit hat diesen Gegenstand Hugo in folgenden Schriften behandelt: Civ. Magazin B. 4. Num. I. und IX. (1812). B. 5. Num. XV. (1825). B. 6. Num. XV. (1832). Encyclopädie 8te Ausg. S. 60—65 (1835). — Außer ihm ist von neueren Schriftstellern besonders zu bemerken Düroi Archiv für civilist. Praxis B. 6. S. 432—440.

rungen augenscheinlich herbeygeführt werden mußte. Diese Ordnung des Gajus nun haben wir nach zwey Gesichtspunkten zu prüfen: nach ihrer Entstehung und Verbreitung, und nach dem innern Werthe.

Was den ersten Gesichtspunkt (den historischen) betrifft, so hat man nicht selten angenommen oder stillschweigend vorausgesetzt, die Eintheilung in persona, res, actio, als die drey Gegenstände der Rechtsregeln (c), sey eine uralte und allgemein Römische, indem sie in allen oder den meisten Systemen Römischer Juristen wirklich befolgt worden sey (d). In der That kommen solche typische Gegensätze im Römischen Recht vor, deren altes und fest begründetes Daseyn aus dem überall wiederkehrenden, stets gleichförmigen Sprachgebrauch unzweifelhaft wird. Dahin gehört das vi, clam, precario, die drey Arten der Abhängigkeit nach potestas, manus, mancipium, die drey capitis deminútiones, die drey Stände der cives, latini, peregrini. Daß solche Gegensätze eine tiefe Wurzel in den Rechtsansichten selbst hatten, und daß sie wiederum auf die Be-

(c) So ist diese Eintheilung zu verstehen, indem Gajus I. § 8 sagt: „Omne *jus quo utimur* vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones," gerade so wie er § 1 gesagt hatte: „Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum *jure utitur*." Persona, res, actio sind ihm also Gegenstände der Rechtsregeln, nicht der Befugnisse, oder (nach einem bekannten Sprachgebrauch) es ist ihm eine Eintheilung des objectiven Rechts, nicht des subjectiven.

(d) Hugo nahm früher eine solche Allgemeinheit für die den Namen Institutiones führenden Werke Römischer Juristen an, später erklärte er sie für zweifelhaft. Civ. Magazin B. 5 S. 403. 404. B. 6 S. 286. 287. 337.

handlung der Theorie einwirkten, ist nicht zu bezweifeln. Ein ähnlich altes und verbreitetes Daseyn ließe sich allerdings auch bey der Eintheilung nach persona, res, actio denken, und dann wäre ihre Wichtigkeit im Zusammenhang mit dem Inhalt des Römischen Rechts nicht zu bezweifeln; es fragt sich nur, ob dieses denkbare auch wahr ist. Zu dieser Annahme aber haben wir nicht den geringsten historischen Grund, ja sie wird vielmehr dadurch sehr unwahrscheinlich, daß derselbe Gajus ein verwandtes Werk (die res quotidianae) nach einem andern Plane geschrieben hat, und daß die Institutionen des Florentinus, in welchen man nach dem gleichen Titel dieselbe Ordnung mit den Institutionen des Gajus erwarten möchte, dennoch eine andere Ordnung befolgen (e). Wir haben also keinen Grund, jener Eintheilung irgend eine allgemeine Verbreitung zuzuschreiben, vielmehr ist es eben so möglich, daß sie blos auf einer individuellen, zufälligen Ansicht des Gajus beruhte, der eben damals gerade so anzuordnen für gut fand, und damit verschwindet völlig das historische Gewicht, welches man darauf zu legen versucht hat (f).

(e) Göschen in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft B. 1. S. 74—76.

(f) Hugo civil. Magaz. B. 5 S. 417. B. 6 S. 284 hat noch einen andern Weg eingeschlagen, jener Eintheilung einen tiefen historischen Grund zu vindiciren. Sie soll nämlich gar nicht in der Rechtswissenschaft entstanden seyn, sondern auf einer allgemeinen Lebensansicht beruhen, die sich die alten Juristen nur aneigneten, nachdem sie dieselbe bey irgend einem nichtjuristischen Schriftsteller gefunden hatten. Wäre diese Annahme auch mehr als bloße Hypothese, so würde sie doch eher gegen als für den allgemeinen Gebrauch bey den Rö-

Es bleibt nun noch übrig, jene Eintheilung nach dem zweyten Gesichtspunkt, also nach ihrem innern Werthe, zu prüfen. Dazu aber ist vor Allem eine genaue Feststellung ihrer wahren Bedeutung nöthig, worüber die neueren Schriftsteller, mehr als man glauben sollte, sehr verschiedene Meynungen haben.

Was ist zuvörderst der Inhalt des ersten Theils de personis? Viele haben diesen Theil von jeher so aufgefaßt, als enthalte er die Lehre vom status, d. h. (wie sie diesen Ausdruck verstanden) von den wichtigsten Zuständen oder Eigenschaften der Personen als Rechtssubjecte, also überhaupt die Lehre von den Rechtssubjecten. Man unterschied nun weiter natürliche und civile Zustände, und zählte unter jene das Alter, die Gesundheit u. s. w., unter diese hauptsächlich die Bedingungen der Rechtsfähigkeit, Freyheit, Civität, Unabhängigkeit, die auch wohl als status principales besonders ausgezeichnet wurden. Daß nun die status in diesem Sinn im ersten Buch der Institutionen von Justinian und Gajus großentheils nicht vorkommen, ergiebt der Augenschein, man mußte sich daher mit der Voraussetzung beruhigen, daß man hierin Justinians unvollständige Darstellung verbessert habe, wodurch aber die ganze Annahme dieses Gesichtspunktes für jenes

mischen Juristen beweisen. Denn der Gebrauch einer Form von so zufälliger, dem Recht fremdartiger Entstehung ließe sich etwa als Einfall eines einzelnen Schriftstellers denken, aber es ist nicht glaublich, daß dieser Einfall hätte zu allgemeiner Anerkennung kommen sollen.

erste Buch sehr zweifelhaft wird. Mehr Consequenz und ein schärfer bestimmter Begriff findet sich in Hugo's Behauptung, der erste Theil (de personis) sey nichts Anderes, als die Lehre von der Rechtsfähigkeit, oder von den drey Eigenschaften, die der dreyfachen Capitis deminutio entsprechen (g). Es widerspricht aber dieser Annahme der wirkliche Inhalt des ersten Buchs von Gajus und Justinian. Denn die in der dritten divisio enthaltene Lehre von der Vormundschaft hat mit der Rechtsfähigkeit gar Nichts zu schaffen, da sie weder auf einen Mangel derselben, noch auf einen Ersatz für diesen Mangel sich bezieht (h). Dagegen fehlt auf der anderen Seite einer der drey Hauptunterschiede für die Rechtsfähigkeit, der Unterschied der Cives, latini, peregrini (i). Da nun

(g) Civil. Magazin B. 4 S. 20. 21. 235—237. — Andere suchen zu vermitteln, indem sie sagen, das Personenrecht sey die Lehre von dem Status und den Familienverhältnissen; sie nehmen also einen zweyfachen, durch keinen gemeinsamen Begriff verbundenen Inhalt an, welche Annahme schon an sich sehr bedenklich ist. So Mühlenbruch I. § 78. — Düroi Archiv B. 6 S. 437 sagt, status oder conditio bezeichne gewisse wichtige Unterschiede ohne gemeinschaftliche innere Merkmale; mit der Annahme einer so gedankenlosen Willkührlichkeit wird den Römischen Juristen schlechte Ehre erwiesen. Daneben behauptet er, es gehöre dahin der Unterschied der cives, latini, peregrini, der doch als solcher im ersten Buch des Gajus und der Institutionen gar nicht vorkommt.

(h) Die Vormundschaft ist lediglich ein Ersatz für die fehlende Handlungsfähigkeit. Das giebt auch Hugo selbst zu, Rechtsgeschichte S. 120 der 11ten Ausg.

(i) Über diesen wichtigen Punkt täuscht man sich gewöhnlich durch den Umstand, daß Gajus gelegentlich, aus Veranlassung anderer Rechtsinstitute, diese Eintheilung der Personen erwähnt: namentlich bey dem connubium (1 § 56), der causae probatio (1 § 66 fg.), dem Soldatentestament (2 § 110), und am ausführlichsten bey den drey Klassen der

also das erste Buch der Institutionen wesentlich Mehr und wesentlich Weniger enthält, als es nach dem von Hugo angenommenen Inhalt desselben enthalten müßte, so scheint mir dadurch diese Annahme selbst völlig widerlegt. — Betrachten wir aber genauer dasjenige, was in der That im ersten Buch der Institutionen vorgefunden wird, so ist es fast ganz dasselbe, was ich oben als Familienrecht bezeichnet habe. Es handelt nämlich in der That von Ehe, väterlicher Gewalt, Manus, Sklaverey, Patronat (nämlich von den Freygelassenen nach ihren verschiedenen Klassen), Mancipium, Vormundschaft (k). Dagegen kommen nicht vor die Cives, latini, peregrini, so wichtig diese auch für die Rechtsfähigkeit sind: denn diese gehören an sich in das öffentliche Recht, obgleich eine Einwirkung derselben auf das Privatrecht (durch die Rechtsfähigkeit) unverkennbar ist. Nur die Verwandtschaft, die ich als Zweig der Fa-

Freygelassenen, also bey dem Patronat, womit bey jeder dieser drey Klassen verschiedene Rechte verbunden sind (1 § 12 fg.). Dieses letzte kann leicht für eine absichtliche Darstellung der erwähnten Eintheilung angesehen werden, allein es ist doch auf jeden Fall nur eine ganz einzelne Anwendung jenes so allgemeinen Unterschieds. Wollte man sagen, es sey zur Zeit des Gajus die wichtigste Anwendung gewesen, so wäre das offenbar falsch. Denn die vielen Millionen freygeborner Peregrinen in den Provinzen waren doch gewiß wichtiger als die dediticii, und auch an freygebornen Latinen in sehr großer Anzahl konnte es nicht fehlen, da die Latinität, welche Vespasian an ganz Spanien gab (Plinius hist. nat. III. 4.), so viel wir wissen, erst in der allgemeinen Civität von Caracalla untergegangen ist.

(k) Daß Justinian von diesen Rechtsinstituten die außer Gebrauch gekommenen weggelassen hat, ist gewiß kein Gegengrund; zugesetzt hat er keine.

milie darstellte, hat hier keine Stelle gefunden; allein diese Differenz ist wohl zu gering, als daß sie die Identität des Hauptgesichtspunktes zweifelhaft machen könnte: auch muß es jedem Rigoristen überlassen bleiben, die Verwandtschaft aus der Darstellung des Römischen Familienrechts wegzulassen, wodurch dann die Übereinstimmung zwischen dem Inhalt des Familienrechts und dem des ersten Buchs der Institutionen vollständig werden würde (l). Daß Gajus in der inneren Anordnung jener Rechtsinstitute abweicht, und daß er den Begriff des Familienrechts nicht mit Namen nennt, wozu ihm ohnehin kein Kunstausdruck zu Gebote stand, wird wohl Niemand als Widerlegung meiner Behauptung ansehen. Einige Hindeutung finde ich jedoch in den hier vorkommenden Ausdrücken. Status und conditio hominum hat nämlich nicht die ganz unbestimmte Bedeutung eines Zustandes oder einer Eigenschaft überhaupt, sondern es bezeichnet ganz besonders die Stellung, die der einzelne Mensch in den verschiedenen Familienverhältnissen, als Ehegatte, Vater, Vormund u. s. w., einnimmt (§ 54 Note e). Auch jus personarum hat, wie ich glaube, völlig dieselbe Bedeutung, da es mit jenen Ausdrücken abwechslend gebraucht wird. Es bezeichnet also nicht einen Theil der Rechtstheorie, wie jus publicum

(l) Wenn übrigens die neueren Schriftsteller, nach dem unläugbaren Vorgang von Gajus und Justinian, der Verwandtschaft keine eigene Stelle unter den Instituten der Familie anweisen, so ist dieses ganz inconsequent, da sie doch der Agnatenfamilie in der Lehre von der capitis deminutio eine ganz besondere Wichtigkeit beylegen, wovon weiter unten die Rede seyn wird.

und privatum, sondern vielmehr die Stellung des Einzelnen in den zur Familie gehörenden Rechtsverhältnissen; oder, nach dem Sprachgebrauch mancher Neueren, es bezieht sich nicht auf das objective, sondern auf das subjective Recht (vgl. Beylage VI.).

Noch weit bestrittener aber ist der Inhalt des zweyten und dritten Theils, de rebus und de actionibus (m). Hier liegt der Grund des Zweifels darin, daß der Abschnitt von den Obligationen nach Einigen den Anfang des dritten Theils bildet, als Einleitung zu den Actionen, weil diese aus den Obligationen entspringen: nach Anderen das Ende des zweyten Theils, weil die Obligationen unter die res gehören, als res incorporales (n). — Für die erste dieser Meynungen hat man besonders das Zeugniß des Theophilus geltend gemacht (o), der in der That

(m) Die Neueren bezeichnen diese zwey Theile größtentheils als Jus rerum und Jus actionum, nach der Analogie von Jus personarum. Daß nun jene zwey Zusammensetzungen bey den alten Juristen nicht gefunden werden, könnte an sich als zufällig und gleichgültig angesehen werden. Allein es entscheidet gegen jenen Sprachgebrauch der Umstand, daß die erwähnte Analogie nur einen täuschenden Schein hat, indem der Ausdruck Jus personarum nicht einen Theil des Systems, sondern ein besonderes Rechtsverhältniß der Personen bezeichnet, von einem ähnlichen Verhältniß aber unter mehreren res oder mehreren actiones gewiß nicht die Rede seyn kann.

(n) Wenigstens ist diese Gestalt der zweyten Meynung gewiß dem Sinn des Römischen Rechts angemessener, als wenn man (so wie der Code civil) die Obligationen dem Eigenthum deswegen zuordnet, weil sie oft zur Erwerbung des Eigenthums Veranlassung geben.

(o) Hugo civ. Magazin B. 4 S. 17. B. 5 S. 399, welcher über-

diesen Zusammenhang angiebt. Allein dieses Zeugniß würde zwar sehr wichtig seyn, als von einem Mitarbeiter an Justinians Institutionen herrührend, wenn die Eintheilung in diesen Institutionen zuerst entstanden wäre: da sie aber, wie wir jetzt wissen, schon von Gajus angewendet, und von Justinian nur beybehalten worden ist, so hat jenes Zeugniß wenig historisches Gewicht, so lange man nicht ohne den geringsten Beweis annehmen will, Theophilus habe über die Absicht des Gajus, die Obligationen zum dritten Theil (de actionibus) zu rechnen, bey einem älteren Schriftsteller eine Nachricht gefunden (p). Giebt man aber das Zeugniß des Theophilus als nicht entscheidend auf, und sucht die Streitfrage lediglich aus inneren Gründen zu entscheiden, so steht die Sache so. Die Vertheidiger der ersten Meynung sind dann genöthigt, die Gegenstände der drey Theile also anzugeben: Personen, Sachen und Handlungen oder Forderungen (q). Dann wäre der eigentliche Inhalt des dritten Theils das Obli-

haupt diese ganze Frage in den oben (Note b) angeführten Stellen mit ungemeiner Vollständigkeit behandelt, auch sehr schätzbare literarische Nachweisungen dazu gegeben hat.

(p) Hugo civ. Magazin B. 5 S. 404. B. 6 S. 337. Er giebt jedoch zu, Theophilus könne wohl die ältere Nachricht, wenigstens was den Grund der Verbindung der Obligationen mit dem dritten Theil betreffe, misverstanden und entstellt haben, auch sey man wohl bey der Abfassung der Justinianischen Institutionen schwankend über die Sache gewesen. (Encyclopädie S. 63).

(q) Hugo civil. Magaz. B. 4 S. 49. B. 5 S. 417. Encyclopädie S. 60. 61.

gationenrecht, zu welchem sich die actiones blos als Anhang oder Zugabe verhielten: dieses aber paßt weder zu dem Inhalt und Umfang des mit den actiones anfangenden großen Abschnitts, noch zu der ursprünglichen Angabe des Gajus selbst, worin die actiones, nicht die obligationes, als Gegenstand des dritten Theils angegeben werden, wie es in der That auch Theophilus versteht, der den Obligationen nur die Stellung einer Vorbereitung zu den Actionen anweist. Ich halte daher für wahrscheinlicher die zweyte Meynung, nach welcher der zweyte Theil (de rebus) genau dasjenige enthält, was ich oben als Vermögensrecht bezeichnet habe (Sachenrecht und Obligationenrecht), der dritte Theil aber die gemeinschaftliche Lehre von der Verfolgung der Rechte. Diesen drey Theilen des Systems hätten bey Gajus auch drey Bücher des Werks entsprechen können: da aber der zweyte Theil ungefähr so viel Umfang hatte, als die zwey anderen Theile zusammen, so zog er es vor, dem Werk vier Bücher zu geben, und zwey derselben dem zweyten Theile anzuweisen. — Übrigens ist der hier erwähnte Streit über die wahre Stellung der Obligationen, für die Anordnung des Rechtssystems im Ganzen von geringerer Erheblichkeit, als man gewöhnlich annimmt. Denn daß Gajus das ganze Vermögensrecht in Einer ununterbrochenen Folge abhandelt, ist unbestritten: eben so, daß der dritte Theil die Rechtsverfolgung und Vieles aus dem Prozeßrecht enthält.

26 *

Der Streit beschränkt sich auf die Frage, ob der zweyte Theil (de rebus) das ganze Vermögensrecht umfaßt, so daß die Obligationen das letzte Kapitel desselben ausmachen, oder ob diese als ein einleitendes Kapitel dem dritten Theil (de actionibus) voran gestellt sind.

Prüfen wir nun den inneren Werth der so bestimmten Eintheilung, so müssen wir sie, ihrem Hauptplane nach, dem Gegenstand angemessen, in der genaueren Ausführung aber unbefriedigend finden. Sie giebt mehreren der wichtigsten Rechtsinstitute eine viel zu untergeordnete Stellung; so der Ehe, welche nur als Entstehungsgrund der väterlichen Gewalt vorkommt, als ob sie nicht auch für sich selbst den gerechtesten Anspruch auf Anerkennung hätte: so das Erbrecht, welches wörtlich nur als Erwerbungsgrund des Eigenthums erwähnt wird, da es doch völlig auf dieselbe Weise zur Anwendung kommt, es mag in einem Vermögen Eigenthum vorgefunden werden oder nicht. Diese unnatürliche Stellung ist großentheils dadurch herbeygeführt worden, daß in dem ganzen Werk ein übertriebener Gebrauch von der logischen Form der divisiones gemacht wird, welche Einseitigkeit der Behandlung auch manche andere sehr gezwungene Übergänge veranlaßt hat (r). Allein diese formellen Unvollkommenheiten

(r) So z. B. besteht sein erster Theil aus drey divisiones, deren dritte also lautet: Alle Menschen stehen entweder unter Vormundschaft oder nicht, demnach wollen wir jetzt von der Vormundschaft handeln. Auf ähnliche Weise könnte man die Darstellung des Kauf-

sind weder der Reichhaltigkeit, noch der Klarheit des Werks hinderlich gewesen, dessen unvergleichlichen Werth gewiß kein Freund unsrer Wissenschaft verkennen wird. Nur zu einer unbedingten Nachahmung seiner formellen Einrichtung, auch wo wir diese für unvollkommen erkennen, ist kein Grund vorhanden, und es darf nicht als Dünkel und Anmaaßung getadelt werden, wenn wir es versuchen, den historisch überlieferten Stoff des Römischen Rechts, nach seinem eigenthümlichen Bedürfniß, aber in anderer Weise, als es von Gajus geschehen ist, darzustellen. Ohnehin finden sich die zwey Haupttheile des Systems von Gajus, Familienrecht und Vermögensrecht, auch in unsrer Darstellung als Haupttheile wieder, so daß die Abweichung doch nur die genauere Gliederung im Einzelnen betrifft (s).

contracts so einleiten: Alle Menschen haben entweder Kaufcontracte geschlossen oder nicht (oder auch: alle Rechtsgeschäfte sind entweder Kaufcontracte oder nicht), demnach wollen wir jetzt von den Kaufcontracten handeln. — Eben daraus erklärt sich auch die Sonderbarkeit, daß die Sklaven zweymal vorkommen, in der ersten und in der zweyten divisio, ohne daß eine verschiedene juristische Beziehung dieses Verfahren rechtfertigte. Die erste Erwähnung ist nämlich nur scheinbar, und dient nur als Übergang zu den verschiedenen Klassen der Freygelassenen (d. h. also der Patronatsverhältnisse), oder mit andern Worten: die divisio der liberi und servi steht nur da als Vorwand für die subdivisio der Ingenui und Libertini, auf die es an dieser Stelle allein abgesehen ist. Es ist also nicht richtig, wenn Manche diese doppelte Erwähnung der Sklaven dadurch rechtfertigen wollen, daß Gajus an der einen Stelle von der potestas, an der anderen von dem dominium in servos handele. Denn gerade dieses ist augenscheinlich nicht der Fall; er handelt bey der ersten Erwähnung von dem, was die Sklaven selbst angeht gar nicht.

(s) Hugo selbst, bey aller Be-

Insbesondere aber muß ich mich noch gegen den übertriebenen Werth erklären, welcher oft auf diese die Form unsrer wissenschaftlichen Darstellungen betreffenden Fragen gelegt wird. Nicht als ob dieser Gegenstand eben gleichgültig wäre: nur müssen wir uns nicht darüber täuschen, was eigentlich das Wesentliche dabey ist. Wenn eine dogmatische Darstellung des Rechts so beschaffen ist, daß die innere Einheit der Rechtsinstitute zerstört, das wesentlich Verschiedene verbunden, daß das wahre Verhältniß der Wichtigkeit verschiedener Institute gegen einander entstellt und verkehrt wird, dann sind solche formelle Mängel wesentlich, weil sie den Stoff selbst verdunkeln, und der wahren Einsicht hinderlich werden. Wo aber jener Fall nicht eintritt, da können wir uns die Anordnung eines Werks gefallen lassen, auch wenn wir manche Mängel derselben wahrzunehmen glauben. Nach diesem Princip einer in gewissen Gränzen zulässigen Duldsamkeit ist oben

wunderung jenes Römischen Systems, welchem er eine größere Verbreitung zuschreibt, als ich anzunehmen historischen Grund finde, räumt doch ein, daß nach allgemeinen Rechtsansichten, und besonders für das Bedürfniß unsres heutigen Rechts, manche andere Anordnung zweckmäßiger seyn möchte, als die der Institutionen, und er kommt dabey im Ganzen auf die von mir angenommenen Gesichtspunkte. Civ. Mag. B. 5 S. 397. B. 6 S. 284 – 287. Überhaupt halte ich die Meynungsverschiedenheit, die hierin unter uns besteht, für weit unwesentlicher, als sie auf den ersten Blick erscheint, und es macht mir besondere Freude hinzusetzen zu können, daß mir die hier dargelegte Anordnung zuerst durch Hugo's Institutionen Berlin 1789 zugekommen ist, obgleich ich sie seitdem auf meine Weise zu entwickeln und zu begründen versucht habe.

erklärt worden, daß der Werth des Gajus durch das, was wir an ihm auszusetzen finden, gar nicht vermindert werde: und nach demselben Princip können auch in unsern Tagen verschiedene Rechtssysteme friedlich neben einander bestehen, so abweichend ihre Einrichtung dem ersten Blick auch erscheinen mag. Die Duldsamkeit also, die hier in Anspruch genommen wird, darf nicht verstanden werden als Gleichgültigkeit gegen das Unvollkommene irgend einer Art, sondern als ehrende Anerkennung des freyen Spielraums individueller Auffassung, worauf das wahre Leben aller Wissenschaft beruht.

Noch ist hier eine in unsern Rechtsquellen vorkommende allgemeine Ansicht zu erwähnen, die auf den ersten Blick gleichfalls als Grundlage einer Klassification angesehen werden könnte, die ich jedoch nur anhangsweise behandle, weil sie in der That zu jenem Zweck von neueren Schriftstellern nicht angewendet worden ist. Ich meyne die drey Juris praecepta, welche Ulpian in folgenden Worten aufstellt: Juris praecepta sunt haec; honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere (t). Honeste vivere ist die Erhaltung der sittlichen Würde in der eigenen Person, so weit diese Würde äußerlich sichtbar wird. Neminem laedere ist die Achtung der fremden Per-

(t) *L.* 10 § 1 *de just. et jure* (1. 1.), § 3 *J. eod.* (1. 1.).

sönlichkeit als solcher, also die praktische Anerkennung der sogenannten Urrechte. Suum cuique tribuere endlich ist die Anerkennung der gesammten erworbenen Rechte anderer Menschen (u). Sind nun dieses in der That Rechtsregeln, wie man nach Ulpians Ausdruck glauben möchte? Das zweyte und dritte praeceptum scheinen solche Regeln zu seyn, das erste nicht; in der That aber sind in allen keine Rechtsregeln zu suchen, sondern vielmehr sittliche Vorschriften, worin Rechtsregeln ihre Grundlage haben. Von dem dritten praeceptum ist dieses sogleich einleuchtend, es ist das sittliche Gebot der Gerechtigkeit, welches hier mit dem System der erworbenen Rechte gleichen Inhalt und Umfang hat (v). Auch bey dem zweyten ist es unverkennbar, daß darin viele der wichtigsten Rechtsregeln ihren Ursprung haben. Aber selbst das erste praeceptum, bey welchem diese Beziehung am meisten zweifel-

(u) Manche haben gesagt, das zweyte praeceptum betreffe die Person, das dritte das Vermögen; darin liegt aber nicht die wahre Gränze. Daß Einer die Ehe oder väterliche Gewalt eines Andern nicht verletze, gehört zum dritten praeceptum (obgleich es nicht das Vermögen betrifft), die Vermeidung des Todtschlags zum zweyten. — Burchardi Grundzüge des Rechtssystems § 42 fg. deutet die drey praecepta in seiner Weise: das erste als jus publicum, das zweyte als jus privatum, das dritte als das gemischte Actionenrecht. Vgl. oben § 16. o.

(v) Daraus erklärt sich, warum die justitia ausschließend als voluntas jus suum cuique tribuendi erklärt zu werden pflegt, ohne Erwähnung der beiden ersten praecepta. *L.* 10 *pr. de J. et J.* (1. 1.), *L.* 31 § 1 *depos.* (16. 3.), Cicero de invent. II. 53, de finibus V. 23, Auct. ad Herenn. III. 2.

haft erscheint, ist dennoch der Entstehungsgrund von Rechtsregeln, und kann deswegen im Sinn Ulpians ein Juris praeceptum genannt werden. Aus ihm entspringt jede Rechtsanstalt gegen Verletzung der boni mores, gegen das turpe (w). Aber zu ihm gehört zugleich die wichtige, so Vieles umfassende, Summe von Rechtsregeln, die sich auf die Forderung der Wahrheit und Redlichkeit gründen, also der höchst mannichfaltige Einfluß des Dolus auf alle Theile des Privatrechts. Von diesen Rechtsregeln kann man sagen, daß sie dem ersten und zweyten praeceptum zugleich angehören, indem sie in jedem derselben ihre eigene, von dem andern praeceptum unabhängige, Rechtfertigung finden. Die drey praecepta sind also keine Rechtsregeln, aber sie begründen eine Klassification der Rechtsregeln nach ihren Entstehungsgründen: nur daß freylich Niemand daran denken wird, das System der Rechte nach dieser Ordnung abzuhandeln. Sucht man die Rangordnung der drey praecepta nach ihrem inneren Wesen zu bestimmen, so steht das erste am höchsten, weil es das innerlichste ist, und eben deshalb auch den Keim der anderen mit in sich trägt; das zweyte hat schon einen mehr äußerlichen Character, das dritte noch mehr. Daher können auch diese beide vollständig beobachtet werden, unabhängig von der sittlichen Gesinnung des rechtlich handelnden Menschen.

(w) Dahin gehört die Ungültigkeit der Verträge, welche etwas Unsittliches mittelbar oder unmittelbar befördern: eben so die condictio ob turpem causam.

Sieht man dagegen auf die Wichtigkeit und Fruchtbarkeit der drey praecepta für das Recht, so ist das Verhältniß gerade umgekehrt. Das dritte ist die ergiebigste Quelle von Rechtsregeln, das zweyte und erste sind stufenweise weniger ergiebig: sehr natürlich, weil das Recht, seinem Wesen nach, dem Gebiet des äußeren Zusammenlebens angehört (x).

(x) Im Wesentlichen dieselbe Ansicht von den drey praeceptis, daß sie nämlich nicht selbst Rechtsregeln, sondern Entstehungsgründe der Rechtsregeln sind, hat schon Weber, natürliche Verbindlichkeit § 98, nur führt er dieselbe nicht durch die einzelnen praecepta durch.

Beylagen.

I. II.

Beylage I.

Jus naturale, gentium, civile.

(Zu § 22 Note s).

Bey den Römischen Juristen finden sich zwey Eintheilungen des Rechts in Beziehung auf seine allgemeine Entstehung. Die eine ist zweygliedrig: Recht das nur bey den Römern gilt (civile), oder aber bey allen Völkern (gentium oder naturale). Die andere ist dreygliedrig: Recht das nur bey den Römern gilt (civile), oder bey allen Völkern (gentium), oder bey Menschen und Thieren zugleich (naturale).

Die erste dieser Eintheilungen halte ich nicht blos für allein richtig, sondern ich behaupte auch, daß sie bey den Römern selbst als herrschende Ansicht zu betrachten ist, während die andere nur als Versuch einer weiteren Ausbildung gelten kann, der weder allgemeine Anerkennung, noch Einfluß auf einzelne Rechtslehren erhalten hat.

Die zweygliedrige Eintheilung findet sich am vollständigsten durchgeführt in vielen Stellen des Gajus. Im Eingang seines Werks stellt er dieselbe ausdrücklich auf, ohne Spur eines möglichen drittes Gliedes (a). Das Jus

(a) Gajus I. § 1 (*L. 9 de J. et J.* 1. 1.).

gentium ist ihm das ältere, so alt als das Menschengeschlecht selbst (b). Es entspringt aus der allen Menschen inwohnenden naturalis ratio (c). Daher nennt er es anderwärts auch jus naturale, wie er denn die natürlichen Erwerbungen des Eigenthums mit willkührlicher Abwechslung bald auf das jus naturale zurückführt (d), bald auf die naturalis ratio (e). Den Satz, daß dem Eigenthümer des Bodens stets auch das Haus gehört, gründet er auf Jus civile und naturale zugleich (f). Die Agnationen und Cognationen nennt er civilia und naturalia jura (g). Offenbar also nimmt er nur zwey Arten an, und Jus naturale ist ihm mit Jus gentium völlig gleichbedeutend.

Eben so kennt Modestin nur zweyerley Recht, civile und naturale (h). Dasselbe findet sich bey Paulus, der auch die Wirkung der servilis cognatio als eines Ehehindernisses dem naturale jus zuschreibt (i). Desgleichen wird naturale jus von Marcian, Florentinus und Licinius Rufinus in Fällen gebraucht, in welchen sie unzweifelhaft das Jus gentium meynen, ja selbst mit diesem Ausdruck abwechseln (k).

(b) *L.* 1 *pr. de adqu. rer. dom.* (41. 1.).

(c) Gajus I. § 1. 189. *L.* 1 *pr. de adqu. rer. dom.* (41. 1.).

(d) Gajus II. § 65. 73.

(e) Gajus II. § 66. 69. 79.

(f) *L.* 2 *de superfic.* (43. 18.).

(g) Gajus I. § 158.

(h) *L.* 4 § 2 *de grad.* (38. 10.).

(i) *L.* 14 *de J. et J.* (1. 1.). *L.* 14 § 2 *de ritu nupt.* (23. 2.).

(k) *L.* 2. 3. 4 *de div. rer.* (1. 8.). *L.* 59 *de obl. et act.* (44. 7.). *L.* 32 *de R. J.* (50. 17.). Auch Cicero stellt überall nur natura und lex einander gegenüber, und nimmt natura und Jus gentium als gleichbedeutend an. Cicero de off. III. 15.

Die dreygliedrige Eintheilung hat am vollständigsten Ulpian (l): neben ihm Tryphonin (m) und Hermogenian (n). Sie beruht auf folgender Ansicht. Es gab eine Zeit, worin die Menschen nur diejenigen Verhältnisse unter sich anerkannten, welche ihnen mit den Thieren gemein sind: das der Geschlechter, und das der Fortpflanzung und Erziehung. Darauf folgte ein zweytes Zeitalter, welches Staaten gründete, Sklaverey, Privateigenthum, Obligationen einführte, und zwar unter allen Menschen auf gleiche Weise. Zuletzt bildete sich in jedem einzelnen Staate das Recht auf eigenthümliche Weise aus, theils durch abweichende Bestimmung jener allgemeinen Institute, theils durch neu hinzugefügte Institute.

Das erste, was an dieser Eintheilung auffällt, und weshalb man sie oft hart getadelt hat, ist das den Thieren zugeschriebene Recht und Rechtsbewußtseyn (o). Allein

(l) *L.* 1 § 2. 3. 4. *L.* 4. *L.* 6 *pr. de J. et J.* (1. 1.).

(m) *L.* 64 *de cond. indeb.* (12. 6.), über die Entstehung der Sklaverey, ganz mit Ulpian übereinstimmend. Weniger bestimmt ist *L.* 31 *pr. depos.* (16. 3.). „Si tantum naturale et gentium jus intuemur," wo das naturale et gentium auch so verstanden werden kann: naturale — id est gentium, ja wo ein Unterschied beider Rechte selbst nach dieser Ansicht nicht passen würde.

(n) *L.* 5 *de J. et J.* (1. 1.). Zwar nennt die hier excerpirte Stelle nur das Jus gentium, aber mit so sichtbarer Rücksicht auf das früher vorhandene Jus naturale (was er ohne Zweifel unmittelbar vorher genannt hatte), daß wir unbedenklich eine völlige Übereinstimmung mit Ulpian annehmen können. Auch habe ich die im Text gegebene Darstellung der ganzen Ansicht großentheils aus dieser Stelle geschöpft.

(o) *L.* 1 § 3 *de J. et J.* (1. 1.) „jus istud ... omnium animalium .. commune est." Und nachher: „videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam, istius juris peritia censeri."

wenn man nur den allerdings übel gewählten Ausdruck preisgiebt, so läßt sich die Ansicht selbst, von dieser Seite wohl vertheidigen. Jedes Rechtsverhältniß hat zur Grundlage irgend einen Stoff, auf welchen die Rechtsform angewendet wird, und der also auch abstrahirt von dieser Form gedacht werden kann. Diese Materie ist in den meisten Rechtsverhältnissen insoferne von willkührlicher Art, daß ein dauerndes Bestehen des Menschengeschlechts auch ohne sie gedacht werden kann; so bey dem Eigenthum und den Obligationen. Nicht so bey den zwey oben genannten Verhältnissen, die vielmehr allgemeine Naturverhältnisse sind, den Menschen mit den Thieren gemein, und ohne welche das Menschengeschlecht gar kein dauerndes Daseyn haben könnte. In der That also wird nicht das Recht, sondern die Materie des Rechts, das demselben zum Grunde liegende Naturverhältniß, den Thieren zugeschrieben (p). Diese Ansicht nun ist nicht nur wahr, sondern auch wichtig und der Beachtung werth; nur eignet sie sich nicht zu einer Eintheilung des Rechts, namentlich für das praktische Bedürfniß der Römer. Veranlassung dazu gab ohne Zweifel die Wahrnehmung, daß die Rechtsinstitute, auch wenn sie sich bey allen fremden Völkern fänden, dennoch in verschiedenem Grade als natürlich angesehen werden müßten. So z. B. konnte man nicht ver-

(p) Nicht wesentlich verschieden ist die Vertheidigung des Ulpian bey Donellus I. 6: Ulpian schreibe nicht das wirkliche Rechtsverhältniß den Thieren zu, sondern nur etwas ihm Ähnliches. Jedoch ist damit die Eintheilung als solche noch nicht gerechtfertigt.

kennen, daß die erste Entstehung der Sklaverey aus Gewalt, also aus Zufall und Willkühr, abzuleiten sey: ja es ist möglich, daß die Natur dieses Verhältnisses zu der ganzen Ansicht den Anstoß gegeben hat. Allein die ganze hierauf gegründete Eintheilung ist zu verwerfen. Erstlich weil an sich die Unterscheidung des mehr oder weniger Natürlichen eine willkührliche und schwankende ist: zweytens weil die Eintheilung, so gefaßt, lediglich das allgemeine, unbestimmte Daseyn der Rechtsinstitute betraf, und daher unfruchtbar bleiben mußte: die weit wichtigere Ausführung in einzelnen Rechtsregeln lag ganz außer ihrem Gebiet. Nicht so bey der zweygliedrigen Eintheilung, in welcher auch der Gegensatz der Rechtsregeln sichtbar wird, und die deswegen für die Anwendung auf das Rechtssystem allein Brauchbarkeit hat.

Es läßt sich aber auch zeigen, daß die zweygliedrige Eintheilung im Römischen Recht stets die Herrschaft behauptet hat. Dafür könnte man schon die größere Zahl der dafür angeführten Zeugnisse geltend machen. Doch lege ich darauf weniger Gewicht, da die Auswahl der Stellen, die wir darüber besitzen, sehr zufällig gemacht seyn kann. Dagegen halte ich für ganz entscheidend den großen Einfluß derselben, der sich durch das ganze Rechtssystem nachweisen läßt, anstatt daß die dreygliedrige in keiner einzelnen Anwendung erscheint. Überall nämlich finden wir in den Rechtsinstituten und in einzelnen Rechtssätzen einen aus zwey, nicht aus drey Gliedern bestehen-

den Gegensatz; das zweyte Glied bezieht sich stets auf das Jus gentium, und wird dennoch (was keinen Zweifel übrig läßt) regelmäßig durch den Ausdruck naturalis bezeichnet. Zwar könnte man auch dieses nur als eine Vermehrung der Zeugnisse für die zweygliedrige Eintheilung ansehen, so daß auch in ihnen nur der fortdauernde Streit der Meynungen, nicht der reelle Sieg der einen Meynung, sichtbar wäre. Allein Ulpian selbst hat in sehr vielen Stellen diese Auffassung und Bezeichnung, und es ist also klar, daß auch er die dreygliedrige Eintheilung nur als eine unschuldige Speculation im Allgemeinen aufstellte, in allen wichtigen Anwendungen aber durch das ganze Rechtssystem davon keinen Gebrauch zu machen versuchte. — Dieser zweygliedrige Gegensatz, bezeichnet durch civile und naturale, kommt namentlich in folgenden Anwendungen vor:

1) Die Bedingungen der Ehe beruhen auf civilis oder naturalis ratio (q).

2) Es giebt zweyerley Verwandtschaft, civilis und naturalis cognatio, auch nach Ulpian (r).

3) Eigenthum und Obligationen können bald civiliter, bald naturaliter erworben werden, und darnach richtet sich die Zulässigkeit einer freyen Stellvertretung (s).

4) Das Recht des Eigenthümers des Bodens auf das Haus nennt Ulpian naturale jus (t).

(q) *pr. J. de nupt.* (1. 10.).

(r) *L.* 4 § 2 *de grad.* (38. 10.) (Modestin), § 1 *J. de leg. agn. tut.* (1. 15.). *L.* 17 § 1 *de adopt.* (1. 7.) (Ulpian).

(s) *L.* 53 *de adqu. rer. dom.* (41. 1.) (Modestin).

(t) *L.* 50 *ad L. Aquil.* (9. 2.).

5) Die possessio ist entweder civilis oder naturalis, auch bey Ulpian (u).

6) Besonders wichtig ist der Gegensatz von civilis und naturalis obligatio, den auch Ulpian mit dieser Bezeichnung anerkennt (v). Die Bedeutung der naturalis obligatio als einer durch das Jus gentium begründeten ist nicht nur für sich klar, sondern wird auch noch in mehreren Stellen ausdrücklich bezeugt (w).

Völlig gedankenlos ist in dieser Sache das Verhalten der Justinianischen Institutionen. Zuerst nehmen sie die Stelle des Ulpian über die dreygliedrige Eintheilung auf, und wenden sie auf den Fall der Sklaverey an (x). Dann nehmen sie auch die Stellen des Gajus, des Marcian, und des Florentinus auf, worin die zweygliedrige Eintheilung theils vorgetragen, theils ganz bestimmt voraus gesetzt wird (y). Besonders merkwürdig aber ist eine Stelle, worin sie die Worte des Gajus aufnehmen, aber mit einem Zusatz, welcher ausdrücklich sagt, Jus naturale heiße so viel als Jus gentium, und es sey dieses schon vorher so vorgetragen worden (z).

(u) *L.* 3 § 15 *ad exhib.* (10. 4.). *L.* 1 § 9. 10 *de vi* (43. 16.), beide von Ulpian.

(v) *L.* 6 § 2. *L.* 8 § 3 *de fidej.* (46. 1.). *L.* 14 *de Obl. et Act.* (44. 7.). *L.* 6 *de compens.* (16. 2.). *L.* 10 *de V. S.* (50. 16.). *L.* 1 § 7 *de pec. const.* (13. 5), alle von Ulpian.

(w) *L.* 84 § 1 *de R. J.* (50. 17.) (Paulus). *L.* 47 *de cond. indeb.* (12. 6.) (Celsus).

(x) § 4 *J. de J. et J.* (1. 1.) *pr. J. de j. nat.* (1. 2.) *pr. J. de Lib.* (1. 5.).

(y) § 1. 11 *J. de j. nat.* (1. 2.) *pr.* § 1. 18 *J. de div. rer.* (2. 1.).

(z) § 11 *J. de div. rer.* (2. 1.). „quarundam enim rerum do-

Nach dieser Erörterung ist es am gerathensten, die Vorstellungsweise des Ulpian als eine Curiosität auf sich beruhen zu lassen, und dagegen die des Gajus als die im Römischen Recht herrschende zu behandeln.

Beylage III.

L. 2 C. quae sit longa consuetudo (8.53.).

(Zu § 25 Note y).

Dieses Rescript Constantins vom J. 319 lautet also: Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est: verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.

Es ist unglaublich, wie vielen Anstoß diese Stelle von jeher erregt hat, und wie viele Versuche gemacht worden sind, den Anstoß zu beseitigen. Der Sinn, der zunächst daraus hervorzugehen scheint, ist der, daß Gewohnheiten nur gelten sollen zur Ergänzung der Gesetze, aber nicht zur Abänderung oder Aufhebung derselben. Gerade dieser Sinn aber ist nach vielen Zeugnissen aus allen Zeitaltern so verwerflich (§ 25), daß wir nothwendig einen anderen aufsuchen müssen.

Zuerst nun können wir unbedenklich annehmen, daß hier nur von partikulären Gewohnheiten die Rede ist, und

minium nanciscimur jure naturali, quod, sicut diximus, appellatur jus gentium; quarundam jure civili."

daß es z. B. dem Kaiser nicht in den Sinn kam, solche allgemeine Gewohnheiten, wie z. B. die, wodurch das zweyte Kapitel der L. Aquilia antiquirt wurde (a), zu entkräften. Dieses folgt erstlich schon daraus, daß hier gewiß nur über solche Gewohnheitsrechte verfügt werden sollte, welche künftig neu entstehen oder doch zu Tage kommen würden. Das war aber zu Constantins Zeit fast nur noch von partikulären Gewohnheiten zu erwarten. Zweytens wäre der etwas geringschätzige Ausdruck non vilis auctoritas für eine allgemeine Nationalsitte ganz unpassend gewesen, von dem Gewohnheitsrecht einzelner Orte konnte er wohl gebraucht werden. — Ferner ist unter der lex, die hier erwähnt wird, in dieser Zeit entschieden nichts Anderes als ein Kaisergesetz zu verstehen. Und so entsteht also hier die allgemeine Frage: wie verhält sich ein partikuläres Gewohnheitsrecht zu einem kaiserlichen Landesgesetz? Dieses kann nun selbst wieder entweder eine absolute oder eine vermittelnde Natur haben (§ 16). Ist es ein absolutes Gesetz, so entsteht durch das allgemeine Staatsverhältniß eine sehr natürliche Beschränkung für das partikuläre Gewohnheitsrecht (§ 9). Selbst ohne Gesetz ist ein solches Gewohnheitsrecht unmöglich, wenn dadurch ein allgemeines Staatsinteresse verletzt wird (b). Dieses wird

(a) *L.* 27 § 4 *ad L. Aquil.* (9. 2.).

(b) *L.* 1 *C. Th. de longa consu.* (5. 12.): „*Cum nihil per causam publicam intervenit,* quae diu servata sunt permanebunt." Eben so in einem einzelnen Fall, aber mit großer Bestimmtheit, *Nov.* 131 *C.* 1.

also nicht weniger gelten, wenn dasselbe Staatsinteresse einem absoluten Gesetz die Entstehung gegeben hat. Gegen ein solches Gesetz also kann die spätere Gewohnheit einer Stadt oder Gegend nicht aufkommen. Eben so wenig aber auch deren früheres Gewohnheitsrecht, das man sonst wohl eben als ein partikuläres, von dem allgemeinen Gesetz nicht ausdrücklich aufgehobenes, zu schützen versuchen könnte. So sollen z. B. gegen Wuchergesetze weder frühere, noch spätere partikuläre Gewohnheiten gelten (c). Ein ganz ähnliches Verhältniß tritt auch bey Gesetzen für einzelne Orte ein. So z. B. war durch solche Gesetze in manchen Städten erlaubt, in der Stadt zu begraben; als nun späterhin diese Art der Beerdigung aus polizeylichen Gründen allgemein verboten wurde, so waren damit jene Gesetze, auch ohne besonders erwähnt zu seyn, dennoch aufgehoben (d). — Anders verhält es sich bey vermittelnden Gesetzen. So führt Azo das Beyspiel der Gewohnheiten von Modena und Ravenna an, nach welchen die kirchlichen Emphyteusen nicht verfallen, wenngleich binnen zwey Jahren kein Canon gezahlt ist: diese Gewohnheiten sind gültig, weil ja auch durch Verträge jede Abweichung hierüber bestimmt werden

(c) *L.* 26 § 1 *C. eod.* (4. 32.). *L.* 1 *pr. de usuris* (22. 1.) spricht gar nicht von Gewohnheitsrecht, sondern von dem üblichen Zinsfuß, der vielleicht das gesetzliche Maaß überschreiten könnte; ob er nun in diesem Fall, und unter welchen Bedingungen, das Gesetz abändert, sagt wenigstens diese Stelle nicht. Vgl. Puchta II. S. 77.

(d) *L.* 3 § 5 *de sepulchro viol.* (47. 12.).

könnte (e). — Dieser Gegensatz allein aber ist es, welcher über die Kraft des partikulären Gewohnheitsrechts im Verhältniß zu einem allgemeinen Landesgesetz entscheidet: nicht der Gegensatz des öffentlichen und Privatrechts. Denn auch im öffentlichen Recht giebt es Regeln, die zwar zur gewöhnlichen Ordnung gehören, aber im Einzelnen ohne Gefahr Ausnahmen erleiden können: bey solchen ist auch ein partikuläres Gewohnheitsrecht zulässig. So z. B. war es Regel, daß die Municipalmagistrate keine legis actio, namentlich bey Emancipationen, hätten, Einzelnen war sie ausnahmsweise gegeben: hier nun läßt noch Justinian unbedenklich eine Begründung dieses Vorrechts durch Gewohnheit zu (f). Dagegen hatte in Bithynien die Lex Pompeja verordnet, in die Stadtsenate sollten nur Bürger derselben Stadt, nicht aus anderen Bithynischen Städten, aufgenommen werden: man hatte diese Vorschrift häufig nicht beachtet, und es entstand die Frage, ob jenes Gesetz durch die Gewohnheit einzelner Städte aufgehoben sey. Trajan ließ zwar aus Schonung die jetzt vorhandenen fremden Senatoren gelten, erklärte aber für die Zukunft, daß das Gesetz ungeachtet der Gewohnheit beobachtet werden müsse: ohne Zweifel weil das Gesetz einen politischen Zweck hatte (g).

Bisher ist der Theil der Stelle erklärt worden, wel-

(e) Azo *Comm. in Cod.*, *in* *L.* 6. *C. de emanc.* (8. 49.) *L.* 2 *cit.*

(f) *L.* 4 *de adopt.* (1. 7.).

(g) Plinius epist. X. 115. 116.

cher sagt: consuetudo non vincit legem. Nun sagt sie aber auch noch: consuetudo non vincit rationem, und es fragt sich, was das höchst vieldeutige Wort ratio eben hier bedeute. In anderen Stellen über das Gewohnheitsrecht heißt ratio die gemeinsame Überzeugung von der Wahrheit und Nothwendigkeit einer Regel, also der eigentliche Entstehungsgrund dieses Rechts, zu welchem sich die Gewohnheit selbst nur als Folge und Kennzeichen verhält (h). Das kann es hier nicht heißen, denn wie könnte von einem Conflict der Überzeugung mit der Gewohnheit, in welchem diese letzte weichen müßte, die Rede seyn? Allein in anderen Stellen kommt neben einer ratio juris auch eine ratio utilitatis vor (i), und da unter der lex ein im Staatsinteresse erlassenes Landesgesetz zu verstehen ist, so bezeichnet die ratio das gerade nicht durch ein Gesetz geschützte Staatsinteresse, die ratio publicae utilitatis. Durch diese Erklärung erhält der Ausdruck einen bestimmteren und mehr praktischen Sinn, als wenn man darunter die Vernünftigkeit der Gewohnheit überhaupt verstehen wollte.

Der ganze Inhalt der Stelle wäre sonach dieser: Örtliche Gewohnheiten sollen nicht gelten, wenn sie mit dem Staatsinteresse im Widerspruch stehen, mag nun dieses durch ein (früheres oder späteres) Landesgesetz anerkannt

(h) *L.* 39 *de leg* (1. 3.). *L.* 1. *C. quae sit l. c.* (8. 53.) S. das System § 25 Note d.

(i) *L.* 1 *C. de aquir. et retin. poss.* (7. 32.). „.. tam *ratione utilitatis* quam *juris* pridem receptum est." Savigny Besitz S. 363 der 6ten Ausg.

seyn, oder nicht. Und mit dieser Vorschrift ist zwar etwas nicht Unwichtiges über die örtlichen Gewohnheiten bestimmt, aber etwas das in ihrem natürlichen Verhältniß zum Staatsverband gegründet ist, nicht etwa eine willkührliche, positive Einschränkung ihrer Wirksamkeit. Das Positive, was man etwa darin suchen könnte, wäre der ganz allgemeine Ausdruck lex, den man so verstehen könnte, daß diese Vorschrift für alle Gesetze, nicht blos für die absoluten, gelten sollte. Allein nach der Verbindung in welcher der Ausdruck mit ratio steht, noch weit mehr aber nach der Verbindung, worin sich die Stelle mit den übrigen Aussprüchen der Justinianischen Rechtsbücher findet, scheint es mir richtiger, den Ausdruck nur auf absolute Gesetze zu beziehen, zu welchen ohnehin der größere Theil der Kaisergesetze, und besonders der sehr eingreifenden Gesetze von Constantin, gehörte.

Das Wesentliche dieser Erklärung, nämlich das Verhältniß des örtlichen Gewohnheitsrechts zu allgemeinen Gesetzen, findet sich schon bey Johannes und Azo, obgleich schwankend und mit Irrigem vermischt: bestimmter und deutlicher bey Donellus (k). Schon Placentin führt auf den falschen, später sehr oft betretenen Weg, zwischen Republiken und Monarchieen zu unterscheiden: in jenen soll das Gewohnheitsrecht gegen ein Gesetz gelten, in diesen nicht (l). Die Neueren haben oft sehr willkührliche Wege

(k) Azo comm. in Cod. in h. L. Accursius ibid. Donellus Lib. 1. C. 10.

(l) Placentinus in Summa Cod, tit. quae sit longa consu.

eingeschlagen, besonders indem sie die Vorschrift auf irgend eine einzelne Anwendung der Gewohnheiten zu beschränken versuchten; dadurch wurde der Widerstreit mit anderen Stellen höchstens quantitativ vermindert, nicht aufgehoben (m). Einige legen alles Gewicht auf das sui momento: die Gewohnheit an sich sey nicht besser als ein Gesetz, es komme also stets nur darauf an, welches von beiden das neuere sey. Dann wäre der praktische Sinn nur der, daß jede Gewohnheit durch ein späteres Gesetz ganz gewiß aufgehoben werde, und nicht etwa dagegen durch ihre höhere Natur geschützt sey. Etwas so Überflüssiges hat aber gewiß Constantin nicht aussprechen wollen (n). Endlich deutet Hofacker die Erklärung an, nach welcher die consuetudo hier nicht ein Gewohnheitsrecht, sondern nur eine factische, materielle Gewohnheit (wie z. B. häufige Diebstähle) bezeichne: diese solle ein Gesetz nicht aufheben (o). Allein dafür würde selbst der beschei-

(m) So z. B. Schweitzer de desuetudine Lips. 1801. 8. p. 47—57. (Hübner) Berichtigungen und Zusätze zu Höpfner S. 167. — Schweitzer beschränkt die Stelle ganz willkührlich auf die bloße desuetudo im Gegensatz der stets zulässigen obrogatio durch Gewohnheit: die desuetudo sey in der Republik gültig gewesen (darauf gehe *L.* 32 *de leg.*), in der Monarchie nicht (*L.* 2 *C. quae sit l. c.*). — Hübner sieht in der Stelle blos das Verbot einer irrigen Usualinterpretation: aber durch diese würde ja nicht die lex überwunden, sondern nur die abweichende Meynung Desjenigen, der diese Auslegung für irrig hält.

(n) Hilliger ad Donellum I. 10, und ausführlicher Averanius Interpret. Lib. 2. C. 1.

(o) Hofacker I. § 122: „.. consuetudinem h. l. accipi pro *consuetudine agendi civium*, quae .. legi prohibitivae obstet." — Puchta I. 120. II. 58. 211—215 schlägt einen ähnlichen Weg ein, indem er die hier erwähnte con-

dene Ausdruck non vilis auctoritas noch viel zu gut seyn, da eine Gewohnheit in diesem Sinn auch nicht die geringste auctoritas haben kann.

Sehr merkwürdig endlich ist noch die Art, wie das canonische Recht diese Schwierigkeiten behandelt hat. Unsere Stelle findet sich in dem Decret wörtlich eingerückt (p). Allein die Schwierigkeiten in der Erklärung derselben waren den Canonisten nicht unbekannt geblieben, und Gregor IX. suchte diese in einer eigenen Decretale durch folgende Paraphrase zu lösen (q). „Das naturale jus (d. h. das von Gott dem Menschen eingepflanzte) kann durch keine Gewohnheit abgeändert werden: auch das positive Recht (das Staatsgesetz) kann es nicht, außer wenn die Gewohnheit vernunftgemäß, und durch hinreichende Dauer

suetudo nur von der factischen Übung versteht, welche nicht als Kenntniß der gemeinsamen Überzeugung (also des Gewohnheitsrechts) soll gelten können, wo deren Existenz juristisch oder gesetzlich unmöglich sey. — Nun entsteht aber die weitere Frage, woran wir es erkennen sollen, daß manche Fälle der Übung untauglich sind, das Daseyn eines Volksrechts zu constatiren? durch die Antwort, die er hierauf giebt, (II. S. 214) kommt seine Erklärung mit der hier gegebenen im letzten Resultat überein. Nach beiden Meynungen fehlt es an den Bedingungen, unter welchen die factische Gewohnheit zu einem wahren Gewohnheits**recht** werden, also Wirksamkeit erlangen kann.

(p) c. 4 D. XI.

(q) *C.* 11 X. *de consuet.* (1. 4.). „.. Licet etiam longaevae consuetudinis non sit vilis auctoritas: non tamen est usque adeo valitura, ut vel juri positivo debeat praejudicium generare, *nisi fuerit rationabilis*, et legitime sit praescripta." Der Schluß ist eigentlich nur eine Wiederholung oder bestimmtere Einschärfung des im Anfang stehenden longaevae, und es würde dieses wahrscheinlich weggelassen worden seyn, wenn man nicht räthlich gefunden hätte, die Worte der Coderstelle so viel möglich beyzubehalten.

befestigt ist." Hier ist also dem Richter die Beurtheilung eines vernunftmäßigen Inhalts der Gewohnheit überlassen, jedoch nicht für alle Fälle überhaupt, sondern nur wenn die Gewohnheit ein Gesetz abändern soll. Diese vom Römischen Recht abweichende, auch an sich bedenkliche Bestimmung ist offenbar aus dem Bestreben hervorgegangen, die verschiedenen Meynungen die sich aus Veranlassung unsrer Stelle unter den Juristen gebildet hatten, durch eine Art von mittlerem Durchschnitt zu vereinigen. — Hier war die Rede von dem Verhältniß der neuen Gewohnheit zu einem älteren Gesetz: ähnlich ist folgende Vorschrift über das umgekehrte Verhältniß (r). Wenn der Pabst ein allgemeines Gesetz giebt, so sollen dadurch frühere örtliche Gewohnheiten oder Statute nicht aufgehoben seyn, vorausgesetzt, daß sie vernunftmäßig befunden werden, und daß ihre Aufhebung in jenem Gesetz nicht besonders ausgesprochen ist.

Eben so merkwürdig ist die förmliche Parodie unsrer Stelle, die sich im Lombardischen Lehenrecht findet. Es mag oft geschehen seyn, daß ein Romanist irgend eine Stelle des Corpus Juris für sich anführte, die mit den Lehensgewohnheiten im Widerspruch stand, und dann die Gewohnheit durch Anführung der L. 2 C. quae sit l. c. zu entkräften suchte. Diesem Verfahren widerspricht nun

(r) *C. 1 de constitut. in* VI. (1. 2.): „.. ipsis, *dum tamen sint rationabilia*, per constitutionem a se noviter editam, nisi expresse caveatur in ipsa, non intelligitur in aliquo derogare."

Obertus im Allgemeinen durch folgenden aus unsrer Stelle parodirten Satz: Legum autem Romanarum non est vilis autoritas, sed non adeo vim suam extendunt, ut usum vincant aut mores (s).

(s) 2 Feud. 1.



Gedruckt bei den Gebr. Unger.

Druckfehler.

S. 108 Z. 16 st. Togik l. Topik.
= 268 Note a Z. 4 st. aus l. ans.
= 295 Note c Z. 3 st. qnae l. quae.
= 301 = = h = 4 = Imperiali l. Imperatoria.
= 320 Z. 15 st. Üb:rigen l. übrigen.
= 320 = 21 = eben l. oben.
= 322 Note f Z. 4 st. Absicht l. Ansicht.
= 351 = g = 11 st. conspicabatur l. conspirabatur.



